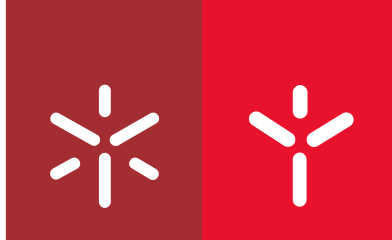


Universidade do Minho
Escola de Direito

Andreia Joana Morris Mendes

Direito ao Envelhecimento
Perspetiva Jurídica dos Deveres
Familiares Relativamente a Entes
Idosos

Janeiro de 2012



Universidade do Minho

Escola de Direito

Andreia Joana Morris Mendes

**Direito ao Envelhecimento
Perspetiva Jurídica dos Deveres
Familiares Relativamente a Entes
Idosos**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

Janeiro de 2012

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Porque todo o trabalho resulta da união de saberes e viveres, manifesto a minha profunda gratidão,

À Prof.^a Doutora Cristina Manuela Araújo Dias, pelo acompanhamento, empenho e disponibilidade sempre demonstradas.

À minha Família, em especial aos meus pais, irmãos e avós, por caminharem a meu lado, pelo apoio e alento nos momentos mais tempestuosos, por tornarem as conquistas tangíveis e os obstáculos superáveis.

Ao meu Padrinho e Patrono, pela confiança e carinho, pela compreensão pelas horas de ausência.

Às minhas Amigas, pelo companheirismo e preocupação, pela Amizade viva e paciente que transcende qualquer ausência.

Ao Artur, pela partilha constante, pelo afeto e motivação, pela dedicação de sempre.

DIREITO AO ENVELHECIMENTO –
PERSPETIVA JURÍDICA DOS DEVERES FAMILIARES RELATIVAMENTE A ENTES
IDOSOS

RESUMO

O envelhecimento populacional verifica-se, atualmente, presente em todos os setores da vida social, modificando a sua dinâmica cultural, social, económica e laboral. Também o Direito tem sido, paulatinamente, influenciado pelo Envelhecimento. Assim, a presente dissertação tem por objeto de estudo a influência do Envelhecimento no Direito da Família, em especial no que respeita aos deveres que sobre os familiares recaem relativamente aos idosos, não descurando os efeitos sentidos por esses mesmos familiares cuidadores, circunstância que se relaciona diretamente com o respeito pela dignidade do idoso, assentando, nessa lógica de globalidade e complexidade do paradigma de velhice, as bases de um Direito pleno ao Envelhecimento.

ABSTRACT

The aging population is, currently, present in all sectors of social life, changing its cultural, social, economic and labor dynamic. Also, the Law has been, gradually, influenced by that phenomenon. Thus, the main target of this dissertation is the study of the influence of Aging on Family Law, particularly with regard to the duties that fall on the family towards the elderly, bearing in mind the effects felt by these family caregivers, a circumstance directly related with the respect for the Dignity of Elderly, becoming, in this logic of complexity of the paradigm of old age, the basis of a full Right to Aging.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia</i>	<i>CDFUE</i>
<i>Código de Processo Civil</i>	<i>CPC</i>
<i>Constituição da República Portuguesa</i>	<i>CRP</i>
<i>Declaração Universal dos Direitos do Homem</i>	<i>DUDH</i>
<i>Estatuto do Idoso</i>	<i>EI</i>
<i>Instituto Nacional de Estatística</i>	<i>INE</i>
<i>Organização das Nações Unidas</i>	<i>ONU</i>
<i>Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais</i>	<i>PIDESC</i>

ÍNDICE

Agradecimentos	iii
Resumo	v
Abstract	vii
Lista de Abreviaturas e Siglas	ix
Introdução	1
Capítulo I. Enquadramento Do Envelhecimento	5
Perspetivas e Problemáticas	7
A Velhice como construção ética	13
Princípios Legais e Funcionais	21
Capítulo II. Dos Deveres Familiares.....	35
Moralidade e Juridicidade	37
Concretização e Efetivação	51
Dever de respeito	55
Dever de cooperação	60
Dever de assistência	64
Violação e Consequências Legais	71
Capítulo III. Efeitos Legais Do Envelhecimento.....	95
Incapacidades	97
Vulnerabilidades	113
Conclusão	133
Bibliografia	139

INTRODUÇÃO

As sociedades têm vindo a envelhecer a um ritmo acelerado. Tal irrefutável realidade está a mudar o atual paradigma civilizacional, gerando profundas alterações nos mais diversos setores da vida social. O Direito não é impermeável a tal movimento, muito embora ainda não se tenha feito sentir, de forma mais premente, no contexto jurídico e jurisdicional nacional. Nesse sentido, apresentou-se-nos apelativa uma reflexão sobre os efeitos do envelhecimento no âmbito do Direito da família.

Uma menção prévia cumpre ser feita, a qual se prende com a escolha do título, sendo intencional a referência a *Direito ao Envelhecimento*. Com tal referência pretendemos aludir, não ao Direito do Envelhecimento, na sua dimensão juridicamente autónoma, a qual, sendo discutível, não corroboramos, mas, pelo contrário, na sua dimensão de garante, enquanto Direito pessoalíssimo de cada cidadão a um Envelhecimento, independentemente da sua forma de efetivação.

Conhecer e reconhecer o Envelhecimento no Direito exige um entendimento prévio das circunstâncias e problemáticas inerentes, revelando-se imperiosa uma reflexão sobre os principais conceitos e conceções envolventes. Assim, o primeiro capítulo dedica-se a traçar os fundamentais factos a ter em consideração quando incidindo sobre alguma questão relacionada com esta temática, a qual se apresenta por demais genérica, aí se desafiando o próprio conceito de idoso e velhice.

O segundo passo no caminho desse conhecimento da velhice, por forma a compreender o seu papel jurídico no agora e no amanhã que se avizinha, é trilhado por meio da evolução histórica da posição do idoso na sociedade, permitindo vislumbrar as origens da perspetiva atual da velhice, bem como o que dela pretendemos, enquanto ficção social moldada pelos ditames da própria sociedade. Nesse intuito, servimo-nos da Ética, que

enxerga o Envelhecimento sob o olhar da Dignidade da Pessoa Humana, aí encontrando a matriz daquele que deverá ser, aos nossos olhos, o pensamento enformador de uma nova realidade jurídica.

Tendo no horizonte a dimensão da velhice almejada, no âmbito desta análise geral do Envelhecimento, traçada no primeiro capítulo, resta ainda intuir da percepção do universo jurídico, numa dimensão interna, comunitária e internacional, invocando os princípios fundamentais e universais que a norteiam. Nessa sede, será ainda analisada a relevância da autonomização jurídica do Envelhecimento, por meio da criação de um Direito dos Idosos.

Finda tal reflexão generalista, a qual permitiu enquadrar a temática na complexidade necessária a uma correta conceptualização jurídica, dedica-se o segundo capítulo inteiramente à análise dos reflexos do envelhecimento nos deveres familiares. Nessa sede, se reflete a consagração jurídica de uma obrigação familiar relativamente aos familiares idosos, tida por muitos como inexistente, bem como a delimitação obrigacional entre as diferentes instituições assistenciais, questão geradora de discordância entre a doutrina. Abordaremos ainda os fundamentos que estão na origem de tais obrigações, tendo como pano de fundo os motivos que geram o seu maior ou menor interesse doutrinal, de cariz marcadamente cultural, correspondentemente se determinando o grau de moralidade e juridicidade dos deveres familiares.

Um terceiro momento desse capítulo sintetiza-se na palavra Concretização. Desde logo, concretizaremos e delimitaremos os familiares sujeitos aos deveres juridicamente oponíveis, na medida em que, tomando em consideração o exigente carácter dos deveres em causa, naturalmente que se delimitarão com base em critérios de proximidade e especialidade. Por outro lado, focando os deveres legalmente consagrados, enquanto *deveres-chave*, dentro dos quais se integrará uma ramificação de outros deveres, concretizaremos cada um deles, a saber, o dever de respeito, o dever de cooperação e o dever de assistência. No âmbito da análise dos deveres familiares, observaremos ainda os

meios de reação atualmente existentes em caso de incumprimento dos deveres familiares, bem como novas questões que nessa sede se colocam, as quais terão como critério objetivo a valoração do direito dos afetos.

Por último, o capítulo dos Efeitos Legais do Envelhecimento desdobra-se no subcapítulo das Incapacidades, aí examinando os mecanismos de proteção existentes, perspectivados criticamente à luz do Direito Comparado. No que às Vulnerabilidades respeita, este ponto será dedicado, fundamentalmente, aos efeitos colaterais do Envelhecimento, especialmente as designadas *vulnerabilidades consequenciais* que afetam os cuidadores e familiares do idoso, também eles sujeitos merecedores de proteção e assistência por parte da sociedade e do Estado, dessa forma se efetivando uma plena garantia dos direitos do Idoso.

Realçar, portanto, a intervenção do Envelhecimento nas relações familiares é o grande objetivo desta Dissertação, perspectivando-a numa lógica de globalidade, enquanto parte integrante de um maior enredo de modificações e composições sociais.

CAPÍTULO I. ENQUADRAMENTO DO ENVELHECIMENTO

PERSPETIVAS E PROBLEMÁTICAS

Este capítulo primeiro será dedicado à contextualização do envelhecimento numa lógica de diversidade sectorial, de forma a reconhecer nos seus efeitos a presença transversal desta recente realidade.

Cumpramos ressaltar, desde logo, a natureza não sociológica ou económica desta nossa dissertação, pelo que procuraremos meramente aludir, de forma breve e despretensiosa, a certos aspetos que julgamos merecedores de referência, numa perspetiva de enquadramento global. Neste sentido, pese embora o esforço aglutinador, tal alusão será sempre incompleta, atendendo à numerosa literatura sobre a temática, motivo de crescente interesse nas mais diversas áreas.

Uma primeira conclusão a retirar, desde logo, prende-se com a interdisciplinaridade do envelhecimento. Com efeito, não estamos perante um fenómeno isolado e específico de um determinado setor da sociedade, mas antes perante uma realidade que se difunde por todos os ramos do saber e do fazer.

O passado já não tem reminiscência com o presente. Muitas das premissas fundamentais sobre as quais assentava a nossa cognição sobre a essência da sociedade, da família e da própria vida, estão em constante mutação. Como prenunciava Alfred Sauvey¹, “o século XXI é o século do envelhecimento”², enquanto tempo de reconhecimento, aceitação e mudança.

¹ Cf. SAUVEY, ALFRED. *apud* CARRILHO, MARIA JOSÉ/ GONÇALVES, CRISTINA - *Dinâmicas Territoriais do Envelhecimento: análise exploratória dos resultados dos Censos 91 e 2001*, in “Revista de Estudos Demográficos”, nº 36, 2004, p. 177.

² “Se ao longo da segunda metade do século XX, a história da demografia europeia ficará associada à afirmação do processo de envelhecimento num registo em crescendo da importância absoluta e relativa, assim como à sua generalização em larga escala, à totalidade do território europeu e mundial, o século XXI deverá atender ao significado, perfil, protagonismo e necessidades de uma população idosa em profundas transformações”, in CENTRO DE ESTUDOS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E URBANO (CEDRU), E. C. C. O. B.-B. C. G - *Estudo de Avaliação das Necessidades dos Seniores em Portugal*, S.l., 2008., p. 2.

O envelhecimento da população é um facto incontornável que exige adequada reflexão por parte de famílias, governantes e sociedade em geral. Com efeito, atualmente, a nível mundial, uma em cada nove pessoas tem idade igual ou superior a 60 anos, o que traduz uma taxa de crescimento da população idosa de 2,6%. Este dado adquire especial relevo quando confrontado com a diminuta taxa de 1,2% de crescimento da população geral³, e tal tendência manter-se-á, prevendo projeções da ONU que no ano de 2050, o número de pessoas com mais de 60 anos ronde os cerca de 2 milhões de indivíduos, o que representa cerca de 20% da população mundial e o dobro da população com menos de 15 anos nesse mesmo ano⁴. Assim, numa média global, uma em cada cinco pessoas terá mais que 60 anos⁵.

Este fenómeno tem sido comumente denominado de *involução demográfica*⁶, explicável pela conjugação de vários fatores demográficos, mormente por baixas taxas de mortalidade e uma acentuada esperança média de vida da população, a qual se situa atualmente nos 68 anos, tendo-se verificado um aumento de vinte anos desde 1950⁷.

Às baixas taxas de mortalidade alia-se uma drástica diminuição das taxas de natalidade e de fecundidade⁸ - as mulheres têm cada vez menos filhos e mais tardiamente. Tal facto decorre, por sua vez, de uma conjuntura sócio-económico-laboral, tipicamente característica das sociedades modernas, que impele o seu acentuado decréscimo, impedindo a normal regeneração do tecido populacional.

³ DIAS, RICARDO BRILHANTE - *Exclusão social de idosos, um problema a combater*, in "Médicos do Mundo", Lisboa, nº 28, 2010, p. 9.

⁴ Cf. ONU - *Population Ageing and Development Chart 2009*, Economic & Social Affairs, 2010, ISBN 978-92-1-151459-9. Disponível em: <http://www.un.org/esa/population/publications/ageing/ageing2009chart.pdf>. Consultado em 17.01.2012.

⁵ Este último número presencia-se já na Europa, demonstrando o mais acelerado ritmo de envelhecimento dos países desenvolvidos. Na América Latina uma em dez pessoas tem idade superior a 60 anos e na África este número diminui para uma em dezanove pessoas. Cf. ONU - *Population Ageing and Development Chart 2009*, Economic & Social Affairs, *Cit.*

⁶ Cf. FERNANDES, A. A. - *Velhice, solidariedades familiares e a política social- itinerário da pesquisa em torno do aumento da esperança média de vida*, in "Sociologia, Problemas e Problemáticas", Oeiras, nº 36, 2001, p.40.

⁷ ONU, *Population Ageing and Development Chart*, 2009, *Cit.*

⁸ "No espaço de aproximadamente 50 anos, o índice sintético de fecundidade em Portugal passou de 3,1 (em 1960) para 1,3 (em 2009), verificando-se uma redução em mais de metade do número médio de filhos nascidos por mulher em idade fértil. O ano de 1982 marca o momento em que deixou de ser possível assegurar a substituição de gerações", in INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - *Retrato territorial de Portugal*, 2009, Lisboa, 2011, ISBN 978-989-25-0106-2, p. 110.

Verifica-se, deste modo, um duplo processo de envelhecimento da população, com um alargamento no topo da pirâmide etária, em razão do aumento da população idosa - baixas taxas de mortalidade - e uma diminuição na base da pirâmide, decorrente da diminuição de jovens dos 0 aos 14 anos - baixas taxas de natalidade -⁹.

Tais elementos estatísticos permitem concluir que o envelhecimento populacional se agrava em larga medida pela não renovação geracional das populações, representando tal conjugação um perigo social, o de uma sociedade envelhecida.

Como princípio base das políticas do envelhecimento, surge o conceito de **envelhecimento ativo**, definido como “um processo de otimização de oportunidades para a saúde, participação e segurança, no sentido de aumentar a qualidade de vida durante o envelhecimento”¹⁰. Este é um conceito lato, aplicável em múltiplas realidades, abrangendo desde a inserção no mercado de trabalho dos indivíduos com idades entre os 55 e os 64 anos, à integração social e cultural dos idosos na sociedade¹¹. Neste último sentido, traduz-se na consciencialização social para um envelhecimento saudável, o qual se constrói continuamente, ao longo de toda a vida, por meio da prevenção e cuidado, mas também para a qualidade e bem-estar que deverá ser inerente ao envelhecimento do indivíduo, perfeitamente integrado na dinâmica social, enquanto sujeito útil à sociedade. Em certa medida, o envelhecimento ativo tratar-se-á de um modelo bilateral, em que a sociedade garante ao idoso as condições necessárias para o gozo ideal da sua velhice, adquirindo, por outro lado, a mais-valia do saber e conhecimento do idoso como elemento essencial para a construção de uma sociedade sem idades. Dessa forma, procura-se motivar os idosos à participação ativa na sociedade, na família, na igreja, no

⁹ A população jovem mundial caiu, entre 1960 e 2000 de 37% para 30%, tendência que se manterá, prevendo-se a sua diminuição até aos 21% no ano de 2050. Por sua vez, a população idosa crescerá para os 15,6% em igual período. INE - *O envelhecimento em Portugal - situação demográfica e socioeconómica recente das pessoas idosas*, disponível em <http://www.alea.pt/html/atual/html/act29.html>, consultado em 17.01.2012.

¹⁰ PAUL, CONSTANÇA - *Envelhecimento ativo e redes de suporte social*, in “Sociologia, Revista da Faculdade de Letras”, Porto, nº 15, 2005, p. 276

¹¹ Cf. GONÇALVES, CARLOS MANUEL/ DIAS, ISABEL - *Envelhecimento e emprego dos trabalhadores mais velhos*, in “Rediteia”, S.l., nº 41, 2008, p. 26.

local de trabalho. Pretende-se assim combater o *Idadismo*¹², enquanto preconceito baseado na idade, considerando-se, pelo contrário, não a idade da pessoa, mas a sua capacidade em contribuir.

Uma outra nota a realçar prende-se com a definição de idoso. A cada ciclo da vida corresponderá uma idade, sendo a infância a primeira e a segunda correspondente ao tempo de vida laboral. A terceira idade era geralmente caracterizada pela fase da velhice¹³, como última fase. Todavia, com todas as transformações sofridas pelas sociedades modernas, a literatura internacional e nacional refere-se já a uma **Quarta Idade**, modificando, desse modo, o conceito da terceira idade. Nas palavras de ANA FERNANDES, a terceira idade passaria a traduzir a fase da vida que medeia o fim da vida laboral e a verdadeira incapacitação física e psíquica, tempo durante o qual o indivíduo se apresenta ainda ativo e não dependente, dispondo de uma condição económico-financeira estável. Esta representa, portanto, o reconhecimento da diminuição da relevância da idade cronológica e do aumento de relevância da idade funcional. A quarta idade ou a “nova idade” remete, assim, para um estado de maior dependência e incapacidade, evidenciada numa fase terminal da vida¹⁴, com idade igual ou superior a oitenta anos¹⁵.

As terceiras e quartas idades coincidem, até à data, com o conceito de idoso, o qual, por sua vez, decorre diretamente do limite oficialmente fixado para a idade da reforma¹⁶. A lei portuguesa define como idoso a pessoa com mais de 65 anos, sendo esta uma presunção não apenas legal, mas social, por já profundamente incutida na sociedade. A idade é uma mera diretriz, variando consoante os países e as circunstâncias de cada

¹² Vd. *Supra*, p. 25.

¹³ Sobre os conceitos de velhice e terceira idade, vd. FERNANDES, A. TEIXEIRA - *Processos e Estratégias de envelhecimento*, in “Sociologia”, Porto, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, pp. 225 e ss.

¹⁴ Cf. LARSSON, KRISTINA - *The social situation of older people*, in “*International Journal of Social Welfare*”, Vol.16, 2007, Issue Supplement 1, p. S203.

¹⁵ Projeta-se que seja nesta idade que se registará os mais elevados índices de crescimento, de 379 milhões de indivíduos em 2050, representando 19% da população idosa. Nessa lógica proporcional, também o número de centenários aumentará acentuadamente. Vd. ONU, *Population Ageing and Development Chart*, 2009, *Cit.*

¹⁶ FERNANDES, A. A - *Velhice, solidariedades familiares e a política social*, ob. cit., p. 43.

época. Podem, portanto, ser encontrados outros limites noutros ordenamentos, mas todos eles acima dos 60 anos.

O facto de a idade considerada para a conceptualização de idoso corresponder à idade da reforma revela a importância dada socialmente à idade ativa do indivíduo, traduzindo o tempo em que aquele se encontra apto para exercer uma atividade profissional. Após esse lapso temporal, o cidadão, para além de reformado, considera-se também idoso. Assim, os ditames sociais atuais determinam que um indivíduo é idoso pela sua condição de reformado, ainda que aquele se encontre nas melhores das suas capacidades físicas e psíquicas para exercer essa ou outra atividade profissional. Em razão da perda da atividade laboral, elemento central na gestão da rotina temporal das pessoas, a idade de reforma surge associada a uma diminuição de rendimentos económicos, à perda da oportunidade de contactos sociais, a uma maior quantidade de tempo livre e uma maior tendência do indivíduo se centrar na vida familiar.

As alterações demográficas verificadas, especialmente a maior esperança média de vida e as baixas taxas de mortalidade, conduzirão à inevitável questão, colocada nomeadamente por ANA FERNANDES, de saber se não terá sido já “afastada [a idade da reforma] do limiar socialmente instituído e remetida para mais tarde”¹⁷. De facto, se a fixação de tais barreiras etárias atende a fatores demográficos, bem como à qualidade de vida de tais indivíduos, o conceito de idoso poderá já não encontrar paralelo com a realidade de um homem ou mulher de 60 anos, em média ainda ativos profissionalmente e com uma esperança média de vida de 20 e 24 anos, respetivamente. Com efeito, assiste-se a uma dessincronização entre a idade da reforma e a idade da velhice, já não significando aquela a incapacidade laboral representada por esta última. Tal contraste encontra fundamento, não apenas nas melhores condições de vida e de saúde dos idosos, mas, entre outras, pela crescente atribuição de pré-reformas, benéficas para a entidade empregadora pela diminuição de custos e para o trabalhador, podendo usufruir de um regime socialmente favorável, atribuído na presunção da sua incapacidade, não a tendo, todavia.

¹⁷ FERNANDES, A. A - *velhice, solidariedades familiares e a política social*, ob. cit. , p. 45.

Muito embora os dados agora invocados reflitam um alarmante problema social, derivado do envelhecimento da população, é necessário que o mesmo não seja confundido com o envelhecimento natural. O primeiro é uma ramificação do envelhecimento biológico ou natural, aliado a outros fatores, como a baixa taxa de natalidade e fecundidade. O crescente envelhecimento biológico, enquanto “processo natural e contínuo”¹⁸, não representa um inconveniente ou um embaraço para a vida em sociedade, como muitas vezes parece transparecer dos escritos sobre a matéria¹⁹, antes resulta de um conjunto de meritórias conquistas medicinais, tecnológicas e civilizacionais²⁰. É, portanto, um facto biológico que deverá ser enaltecido e rejubilado, não devendo ser objeto de estigmatização, antes de reconhecimento, enquanto condição dos novos tempos.

O modo como a sociedade perspetiva o envelhecimento é, todavia, erróneo, por assentar numa predisposição, mais diríamos, numa veneração, para uma sociedade jovem e ativa. Com efeito, gerir o envelhecimento numa sociedade ainda formatada nesse estereótipo de sociedade, numa manifesta tendência de rejeição à ancestralidade, vislumbra-se uma tarefa longa e de difícil execução. Outrossim, uma sociedade envelhecida não poderá ter por princípio o afastamento da sua maioria populacional, antes devendo empenhar esforços no sentido de integrar a experiência destes indivíduos na dinâmica laboral e social, fazendo-os sentir-se parte integrante de um projeto comunitário.

¹⁸ FERNANDES, A. TEIXEIRA - *Processos e Estratégias de envelhecimento*, ob. cit., p. 223.

¹⁹ A este respeito, refere ROSA MARTINS que “ (...) tanto a velhice como o envelhecimento da população têm sido equacionados entre nós como uma patologia. Este fenómeno encontra explicação no contexto da cultura ocidental, onde é dominante um modelo de desenvolvimento, assente fundamentalmente sobre os mitos do crescimento económico e do produtivismo, do qual resulta uma visão redutora do homem e da sociedade, que se encontra dividida pelo mercado de trabalho entre membros ativos e membros inativos”. Cf. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, in “*Educação, ciência e tecnologia*”, Revista do ISPV, n.º 32, 2006, p. 126.

²⁰ Cf. CAPUCHA, LUÍS - *Envelhecimento e políticas sociais*, in “*Sociologia*”, Porto, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, p. 338.

A VELHICE COMO CONSTRUÇÃO ÉTICA

Desde o início dos tempos que a velhice sempre foi encarada como uma patologia, destacando-se as consequências físicas e psíquicas negativas do desenvolvimento biológico. Ela é retratada como um tempo de difíceis provações. Contudo, e ainda assim, da evolução histórica, desde a Antiguidade Grega até aos nossos dias, um traço parece ressaltar aos olhos mais descomprometidos - a paulatina e crescente desvalorização dos idosos.

Com efeito, ainda que tida com estranheza, como algo pouco natural por todas as sociedades, em tempos idos, especialmente na Grécia Antiga, os idosos tinham um papel ativo na vida política e económica da *polis*. Com assento na Assembleia de Anciãos, a eles lhes eram confiados os destinos da *polis* e lhes estavam reservadas funções como a de corregedores dos magistrados, atribuídas a cidadãos com idades entre os 50 e os 75 anos, em razão da sua experiência e sabedoria acumuladas, dessa forma se valorizando o respeito e a honra pelo ancião. Desse modo, eles representavam modelos para a Juventude, ditando as normas sociais que “não deviam participar mais dos cantos e das bebedeiras dos banquetes, mas presidi-los, impedindo os excessos e fazendo uso da palavra, com a finalidade de tratar dos assuntos que inspiravam os cantos”²¹.

Desta forma, muito embora se reconhecessem as dificuldades geradas pelo enfraquecimento dos tecidos humanos, o cidadão idoso era visto para além disso, numa perspetiva de utilidade à sociedade e de engrandecimento próprio, pelo que o contributo da sociedade e para a sociedade, de alguma forma, contrabalançava os obstáculos da

²¹ SILVA, SIRVALDO SATURINO – *Estatuto do Idoso: um crítico e novo olhar sobre o idoso e os desafios a serem enfrentados*, Dissertação de Mestrado em Direito orientada pelo Prof. Dr. Lafayette Pozzoli e apresentada no Centro Universitário Eurípides de Marília em 2007, texto policopiado, p. 15.

velhice. Na verdade, nas sociedades antigas, os comportamentos advinham da observação e imitação dos mais velhos²². Estes eram, portanto, a bitola comportamental da sociedade.

Também na Roma Antiga se encontrava patente a valorização do respeito pela figura e saber dos idosos, muito embora reconhecendo gradualmente uma maior perda de sentido da vida, após o fim da vida ativa, relacionada com o paulatino afastamento dos idosos da cena política e social. No seguimento dessa aculturação de desvalorização, na Idade Média e nos séculos subsequentes, a consideração do idoso como um elemento dispensável para a sociedade e a sua consequente discriminação foi adquirindo expressividade, em correlação inversa com a valorização do trabalho, fazendo com que os conceitos de reforma e terceira idade caminhassem lado a lado. Desde então, o reconhecimento da pessoa do idoso, nas suas múltiplas facetas, tem presenciado um declínio acentuado.

Nesta breve resenha sobre a evolução da representação da velhice nas sociedades, é curioso verificar a distinção de conceptualização desse fenómeno entre os filósofos Platão e Aristóteles, de algum modo representando nessa dicotomia essa mesma evolução. Entendia Platão que o homem só se tornava verdadeiramente filósofo, enquanto pessoa de saber, a partir dos cinquenta anos, sendo a adolescência e a idade adulta uma fase de formação e desenvolvimento, pelo que só a partir dessa idade o cidadão se encontrava plenamente capaz de governar os destinos da sociedade. Por sua vez, Aristóteles, via os idosos como pessoas enfraquecidas, pelo que desvaliosas ao bem comum, dessa forma justificando o seu afastamento do poder público. Mostra-se patente nas sociedades vindouras muito mais a representação aristotélica da velhice.

²² CRUZ, MANUEL BRAGA DA – “Desigualdade Social e Pessoa Idosa”, in “A pessoa e a sociedade: perspetiva ética”, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, p.51; e NEVES, JOÃO CÉSAR DAS - *Economia dos e para os idosos*, in “A pessoa e a sociedade: perspetiva ética”, Atas do VI Seminário Nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2000.

Assim, desengane-se quem pense que o desrespeito pela ancestralidade se trata de um fenómeno social recente, localizável no século XX e atribuível unicamente à industrialização. Tal ilusão é motivada pela nuclearização da família que marca esse momento histórico, pela sua desfuncionalização em detrimento do Estado, circunstância que adensou o mítico desinteresse familiar pelas responsabilidades familiares, mas não se revela correta, sendo essa desvalorização, pelo contrário, fruto de uma longa e contínua erosão dos valores de honra e respeito da velhice.

Tal contundência histórica é facilmente demonstrável pela literatura clássica, verificável nas palavras de Sócrates que alertava para as obrigações dos filhos para com os pais; na *República* de Platão, onde manifestava o ideal de honra e respeito pelos anciãos; na *Ética a Nicômacos*, de Aristóteles, o qual, como referimos já, tendo embora uma perspetiva de ostracização social sobre a velhice e as suas inerências, entendia que os filhos têm para com seus pais uma dívida impagável e, como tal, devem-lhes respeito e amparo, antes de qualquer pessoa²³; ou em *De Senectute- A terceira Idade*, de Cícero, onde o filósofo se debruça sobre as consequências do envelhecimento, biológicas e sociais e o modo como esta deveria ser encarada.

As problemáticas inerentes à velhice têm captado a atenção dos autores, desde a Antiguidade Clássica, abordadas também, séculos mais tarde, no célebre Rei Lear, de William Shakespeare, no qual o dramaturgo retrata a erosão dos valores de respeito e honra pelos mais velhos, e o modo torpe a que muitos pais idosos se encontram sujeitos, face à dependência dos filhos, peça teatral que se mantém atual na sua crítica e exposição social.

Esta preocupação secular com a velhice decorre do facto de as sociedades sempre se terem espelhado nos ideais de Juventude e Beleza, desmerecendo o que a estes se opusesse. À semelhança da crítica feita por vários autores, em outros ordenamentos, também se reconhece na sociedade portuguesa a não aculturação no sentido de respeitar

²³ GOLDIM, JOSÉ ROBERTO - *Bioética, Relações Familiares e Envelhecimento*, disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/gerfam.htm>. Consultado em 17.01.2012.

e honrar os mais velhos na sua plenitude humana, dessensibilizada para conceitos como a igualdade, a autonomia, a participação ou a independência e para a percepção do valor social e familiar dos mais velhos.

No entanto, a partir século XX, após a revolução industrial e face à adversa constatação do envelhecimento populacional, a postura de passividade da sociedade perante os idosos demonstra-se insustentável, sendo imperativa uma reflexão séria e concertada sobre os problemas que vêm ensombrando, desde o início dos séculos, os espíritos mais sábios. Com efeito, muito embora a desconsideração dos idosos não seja uma realidade nova, são as recentes alterações demográficas e sociológicas, referidas no subcapítulo anterior, que colocam a descoberto as vulnerabilidades dos idosos e a sua incapacidade de afirmação, perante o circunstancialismo apresentado.

Pelo exposto, e em contraste com muitas ideias erroneamente divulgadas, revela-se oportuno o entendimento de PÉROLA BRAGA²⁴ ao referir que se trata, não de garantir o resgate da cidadania do idoso, mas verdadeiramente da sua construção, uma vez que nunca tal realidade foi por este grupo percecionada.

Com efeito, desde tempos remotos que os idosos são alvo de discriminação social e cultural, assistindo apaticamente ao esquiteamento dos seus mais fundamentais direitos, numa objetiva violação do basilar Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consagrado como basilar nos ordenamentos internos e internacionais. Dessa forma se reconhece o indivíduo, como ensina GOMES CANOTILHO, como “limite e fundamento do domínio político da República”²⁵, centrando o cidadão como o fim da organização social e política. Refere ainda o Professor que este princípio fundamental encerra também em si a “abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundivencial, religioso ou filosófico”²⁶. Mas não se alude à dignidade

²⁴ Cf. BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *Envelhecimento, ética e cidadania*, disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/pdf/Envelhecimento.pdf>, consultado em 17-12-2012.

²⁵ CANOTILHO, JOSÉ GOMES - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão, Editora Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-2106-5, p. 225.

²⁶ *Ibidem*, p. 225.

da Pessoa Humana unicamente nas situações sociais e jurídicas universalmente censuráveis, como a tortura ou os tratamentos humilhantes. Este princípio é invocado nas invisíveis discriminações sociais do quotidiano, no acesso à saúde, nos obstáculos nas vias públicas e habitações que impedem ou dificultam a locomoção, na desconsideração da vontade da pessoa nos atos que a si respeitam, na violência física, psicológica e financeira perpetrada por terceiros, familiares ou cuidadores. Em cada um destes parcos exemplos se reconhece a desvalorização da pessoa, na sua dignidade²⁷. Escusamo-nos de explicar qualquer outra consideração sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual foi sintetizado por GIORGIO DEL VECCHIO da seguinte forma, bela e singular: "Todo o homem, só por ser tal, pode aspirar a não ser tratado pelos outros homens como se fosse tão só meio ou elemento do mundo sensível"²⁸.

Nesta linha de desvalorização social dos idosos, um facto pouco perceptível, mas revelador desta relação incómoda entre envelhecimento e sociedade prende-se com o uso de palavras como Idoso e Terceira Idade em alternativa a Velho e velhice²⁹, muito embora a sua significação nada tenha de errado, sendo também muito frequente, o uso de diminutivos, num claro paternalismo discriminatório já enraizado na sociedade. A semântica, só por si, revela a relação não natural da sociedade com a velhice e o envelhecimento³⁰, cuja incapacidade de reconhecer o envelhecimento como uma fase da evolução biológica, numa perspetiva de continuidade, é causadora de profundos impactos sociais e políticos.

De facto, esta relação não natural com a velhice reflete-se em toda a organização da sociedade, nomeadamente nos próprios idosos, na medida em que os seus efeitos não se repercutem apenas à invisibilidade desta problemática aos olhos dos restantes cidadãos,

²⁷ Cf. PIÑEIRO ESTEVES, WALTER - *O Envelhecimento e seu enquadramento pelo Direito: Envelhecer e direitos do homem*, in "Revista Magis, Cadernos de Fé e Cultura", nº 43, 2003, disponível em: <http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc43.pdf>. Consultado em 17.01.2012.

²⁸ DEL VECCHIO, GIORGIO - *Lições de filosofia do Direito*, Coimbra, apud PIÑEIRO ESTEVES, WALTER - *O Envelhecimento e seu enquadramento pelo Direito: Envelhecer e direitos do homem*, in "Revista Magis, Cadernos de Fé e Cultura", nº 43, 2003, disponível em: <http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc43.pdf>. Consultado em 17.12.2012.

²⁹ RODRIGUES, OSWALDO PEREGRINA - *Estatuto do idoso: aspetos teóricos, práticos e polémicos e o Direito da Família*, in "Família e dignidade humana" - *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, coord. CUNHA PEREIRA, Rodrigo, São Paulo: IOB Thomson, 2006, p 772.

³⁰ NEVES, JOÃO CÉSAR DAS - *Economia dos e para os idosos*, in "A pessoa e a sociedade: perspetiva ética", *ob. cit.*, p. 36.

mas à passividade com que o próprio grupo etário vê a sua condição, admitindo muitas das desconsiderações à sua dignidade, na medida em que “as causas do problema radicam na estrutura essencial da consciência do homem moderno e da sua posição perante a vida”³¹. Este facto é passível de verificação pela ausência de necessidade de previsão verificada neste grupo etário que, também eles por temerem o envelhecimento e as suas consequências, não demonstram grande preocupação na antecipação dos problemas futuros, a nível financeiro ou social³², o que é consentâneo com a atitude da restante sociedade que também não faculta ou promove os devidos instrumentos³³. Neste contexto, JOANA RIBEIRO defende a intervenção do direito, “não apenas enquanto instrumento regulatório, mas também como recurso emancipatório, isto é, como recurso que garanta o protagonismo da pessoa idosa em assumir a sua autodeterminação”³⁴. Por outro lado, também a conduta de passividade dos idosos é sintomática desta relação com a velhice, sendo esta, em parte, gerada, pelo não reconhecimento da sua posição jurídica, política e social pelos próprios que nunca conheceram realidade distinta.

Trata-se verdadeiramente de um problema de mentalidades, solucionável por meio de uma revolução cultural de toda a sociedade, incluindo dos próprios idosos, os quais se autopercecionam como uma imposição perante os filhos e cuidadores, preferindo muitas vezes recorrer aos serviços institucionais, de forma a preservar a sua independência perante os seus familiares, mas também por terem a consciência de que os familiares não estariam na disponibilidade de assumir a prestação de cuidados necessária³⁵.

³¹ *Ibidem*, p. 45.

³² Cf. SILVA, SIRVALDO SATURNINO/ GASPAROTTO, JAYME WANDERLEY – *O Estatuto do Idoso: Uma perspectiva crítica humanística*, disponível em: <http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1055/1017>. Consultado em 17.01.2012.

³³ Referimo-nos, a título exemplificativo, a planos de poupança-reforma, ou a figuras ainda não reconhecidas no nosso ordenamento jurídico, como a Autotutela. Neste sentido, refere WALTER ESTEVES PIÑEIRO que “não se tem o hábito de se fazer um «planeamento» para o envelhecimento. Com efeito, o momento em que se procura tomar providências para suportar o envelhecimento, ironicamente, é aquele em que a pessoa já envelheceu e não pode mais fazer nada.”, Vd. PIÑEIRO ESTEVES, WALTER - *O Envelhecimento e seu enquadramento pelo Direito*.

³⁴ RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento: A construção de um direito emancipatório*, in “*Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*”, V.V.A.A. (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 203.

³⁵ PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família: Contextos e Trajetórias*, Coimbra, Quarteto Editora, 2001, ISBN: 972-8535-66-X, p. 181.

Neste sentido, permitimo-nos tecer um paralelo entre esta (im)percepção cultural e a conhecida Alegoria da Caverna, que Platão narra na *Republica*, na medida em que, do mesmo modo que os homens presos na Caverna viam meramente as sombras de uma outra realidade, mas se acomodavam à sua escuridão por não conhecerem o que além se encontrava, também os idosos não ecoaram (ainda) junto da restante sociedade o seu grito político e social, de forma contundente, por força de agrilhoamento espiritual em que também eles se encontram, por esta se lhes afigurar como a única realidade. De facto, a sua sujeição política, cultural e social durante tantos séculos não os tornou unicamente invisíveis aos olhos da sociedade, mas teve o efeito de os tornar subservientes a uma realidade que vão paulatinamente reconhecendo como social e moralmente negativa, mas reversível. É, portanto, imperioso conferir aos idosos meios que lhes permitam adquirir o espaço social proporcional ao peso populacional que crescentemente vêm ocupando.

É nesta sede que a **Ética** assume um papel preponderante, enquanto conjunto de princípios que ditam o “dever ser” de uma sociedade. Com o objetivo de delimitar as condutas humanas, esta disciplina deverá apreender esta nova perspetiva cultural do idoso e reproduzi-la por meio de normas éticas, as quais influenciarão o comportamento da sociedade, contrariando aquilo que PÉROLA BRAGA designa de “processo de expropriação da autonomia”³⁶ na velhice, no qual são cúmplices não apenas a sociedade, por limitar ao idoso o seu espaço cultural, social e político, por um critério etário, facilitando a sua marginalização, mas também dos familiares e cuidadores que se substituem àqueles na sua vontade própria e poder de decisão, com base no mesmo critério, ainda que não exista qualquer razão jurídica que o legitime. Esta circunstância traduz um drástico enfraquecimento da qualidade de vida do idoso, redundando, por sua vez, na perda de respeito entre a família e a sociedade que, perspetivando-os como sujeitos dependentes e merecedores de proteção, lhes não reconhecem o devido tributo. Assim, a intervenção reformista exigida no sentido de pôr cobro a estas desconsiderações da dignidade dos

³⁶ BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *Envelhecimento, ética e cidadania*, ob. cit.

idosos, impõem que Estado, sociedade e família garantam não apenas o bem-estar e a dignidade pessoal dos idosos, mas que atuem com vista à sua plena integração, nos diversos setores da vida em sociedade, como ditado pela Lei Constitucional.

A realidade sugere, portanto, uma mudança de perspectiva jurídica e ética relativamente ao idoso e ao envelhecimento, no sentido da construção de uma real e completa cidadania dos idosos, timonada pelo bastião da ética e dos seus princípios. A questão prende-se, sobretudo, com a forma como tal revolução cultural é concebida e conseguida.

PRINCÍPIOS LEGAIS E FUNCIONAIS

Na comunidade internacional, o passo oficial para o reconhecimento do valor político-social do envelhecimento e de direitos especialmente afetos às pessoas idosas remonta a 1982, ano em que se realizou a Primeira Convenção Internacional sobre Envelhecimento, a cargo das Nações Unidas, na qual foi elaborado o primeiro plano internacional de ação para o Envelhecimento, mais conhecido como Plano de Viena, tendo por objetivo fortalecer a capacidade dos Governos e da sociedade civil no que respeita ao envelhecimento populacional.

Reconhecendo-se, desde logo, a impraticabilidade de uma aplicação geral e indistinta de políticas do envelhecimento, foram apresentadas várias recomendações, as quais deveriam ser adaptadas aos valores culturais, tradicionais e práticas sociais de cada país. De entre tais medidas, destacam-se a promoção pelo bem-estar qualitativo dos idosos, integrando-os na sociedade, como parte do seu desenvolvimento; a criação de respostas adequadas para as suas necessidades especiais, bem como a promoção da autorrealização dos idosos, enquanto satisfação conseguida através da conquista de objetivos e aspirações pessoais, designadamente a participação familiar ativa, o trabalho voluntário, a aprendizagem formal e informal, trabalhos manuais, participação em organizações representativas, participação em atividades religiosas, participação em atividades lúdicas, participação no processo político respeitante às políticas do envelhecimento.

Os princípios basilares das políticas do envelhecimento estavam, pois, traçados: envelhecimento ativo como forma de integração do Idoso na Comunidade e a

solidariedade familiar e estadual como elementos essenciais para a proteção e assistência das pessoas idosas.

Tal plano da ação seria revisto em 2002, aquando da segunda convenção realizada sobre o tema, em Madrid, aí se discutindo os riscos e as oportunidades do envelhecimento no séc. XXI, tendo surgido um segundo plano de ação, o qual procurava suprir as lacunas do Plano de Viena, especialmente no que concerne à ineficiência dos Estados em fazer cumprir este último diploma. Por meio da Declaração Política de Madrid, os Estados-Membros reconheceram a relevância da integração do Envelhecimento nas suas agendas políticas, mais se comprometendo a promover políticas sociais e económicas relativas a esta questão.

Em 1991, reconhecendo a complexidade e a celeridade do processo de envelhecimento mundial, bem como a necessidade de existência de um padrão de proteção e promoção dos direitos dos idosos, a ONU elaborou um diploma denominado “Princípios da ONU para as Pessoas Idosas”, procurando sintetizar os cinco mais importantes princípios a considerar por todos os sujeitos singulares e coletivos, especialmente os Estados-Membros, na implementação e promoção das políticas respeitantes ao envelhecimento, a saber, os princípios de Autonomia, Participação, Assistência, Realização Pessoal e Dignidade.

Na senda da comunidade internacional, também a União Europeia tem prosseguido esforços no sentido de uma maior promoção dos Direitos das Pessoas Idosas. Apesar de os Estados-Membros terem competência exclusiva em matéria de políticas de apoio à família, atendendo à multidiversidade cultural e social de cada Estado, a União Europeia tem incentivado a adoção de tais medidas, contribuindo para a sua implementação. Para tal, promovem uma ideologia comum, nomeadamente uma política de prevenção, estimulando estilos de vida saudáveis, bem como uma política de ação, prevenindo a dependência e a invalidez na velhice e auxiliando famílias com idosos dependentes.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) é reflexo desta consciencialização. Decalcada de outros diplomas internacionalmente reconhecidos, como a DUDH ou o PIDESC, este diploma comunitário reconhece expressamente, no seu artigo 25º “*o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural*”. Nesta formulação genérica e abstrata, encontram-se ínsitos os Princípios Fundamentais supra referidos propostos pela ONU e bem assim localizáveis na nossa Lei Fundamental.

Com efeito, no plano interno, a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra, ao longo do seu texto, um conjunto de preceitos dirigidos ou enquadráveis na temática do envelhecimento, estes últimos ao abrigo do princípio da universalidade, consagrado no artigo 12º, segundo o qual “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”.

Tais preceitos encontram-se dispersos pela Lei Fundamental, com uma aplicabilidade mais ou menos direta, reconhecidos como Direitos Fundamentais, insertos no elenco dos Direitos, Liberdades e Garantias ou dos Direitos Sociais³⁷. Tais direitos deverão estar em conformidade com a DUDH, nos termos dos artigos 7º, 8º e 16º/2 da CRP, dessa forma se enformando as normas jurídicas internas ao direito Internacional, manifestando, por outro lado, a vinculação do ordenamento jurídico aos diplomas internacionais fundamentais, enquanto princípios gerais de Direito que o Estado se impõe respeitar e proteger.

Retomando a análise do artigo 25º da CFDU, a “coexistência digna” mencionada na primeira parte desse artigo alude diretamente ao **princípio da dignidade** enquanto corolário do basilar princípio da dignidade da pessoa humana, pilar fundacional da própria CRP. A coexistência digna apresenta uma conceptualização ampla, abrangendo não apenas a garantia de satisfação das necessidades materiais da pessoa idosa, mas o

³⁷ O direito social traduz-se num “direito positivo que se analisa numa imposição constitucional de atividade ou de prestações por parte do estado, que não gozam de elegibilidade direta, carecendo de implementação legislativa, cuja falta, porém, pode dar lugar à inconstitucionalidade por omissão.” Vd. CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, ISBN 978-972-32-1462-8, p. 856.

respeito pela sua pessoa, consolidada na história e nas experiências de vida de cada uma delas, sinónimo de um património merecedor de respeito e preservação por parte da comunidade.

Tal princípio deverá ser perspectivado, por um lado, na sua dimensão positiva, enquanto direito à segurança, nomeadamente económica -artigo 72º/1CRP-, consagrado na DUDH e na CRP, traduzido no direito a ser protegido em todas as “situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”, designadamente as situações de velhice (art.63ºCRP), e “por circunstâncias independentes da sua vontade”, acrescenta o art. 25º da DUDH.

Por sua vez, esta norma constitucional, garantindo o direito dos cidadãos à segurança social, consagra também o **princípio da solidariedade**. GOMES CANOTILHO E JORGE MIRANDA assinalam a multidimensionalidade desse princípio, garante da coesão social, realçando a solidariedade nacional, “expressa na ideia de transferência de recursos entre os cidadãos”; a solidariedade laboral, “traduzida na existência e funcionamento de mecanismos redistributivos no âmbito de proteção de base profissional”, a solidariedade intergeracional, “assente na combinação de métodos de financiamento em regime de repartição e de capitalização, e a solidariedade particular, pelo contributo das instituições particulares para os objetivos da segurança social.

Daqui se retira que, sendo o Estado o principal sujeito obrigado a garantir a satisfação de tais direitos materiais, a comunidade tem um papel relevante na sua concretização. Assim se compreende que a autonomia institucional dos direitos fundamentais reflita a autonomia ética do Homem porquanto, apesar de irrecusável, ela é também limitada, em virtude dos deveres fundamentais de solidariedade a que está vinculado perante os seus pares e a sociedade³⁸.

Por sua vez, a dimensão negativa do princípio da dignidade manifesta-se na proibição de exploração, nas suas variadas formas e de maus-tratos físicos ou psíquicos, em

³⁸ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE - *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 3ª edição, p. 83.

conformidade com o artigo 25º da CRP, preceito no qual se afirma o caráter inviolável da integridade moral e física das pessoas. Nas palavras de GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, “Este direito ganha particular relevância no âmbito das relações especiais de [...] família, relativamente a pessoas menores ou particularmente indefesas em virtude da idade, deficiência ou gravidez”³⁹, em razão da vulnerabilidade em que potencialmente se poderão encontrar.

Por outro lado, a dimensão negativa deste princípio encontra também assento na proibição de discriminação em razão da idade, expressa no artigo 21º da CFDEU. Não encontramos na CRP normativo análogo, não se consagrando expressamente a proibição da discriminação em razão da idade, muito embora esta possa fundamentar-se na formulação subsidiária e geral prevista na parte final do artigo 26º (“A todos [é reconhecida] (...) a proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”), aditada aquando da 4ª revisão constitucional, em 1977.

Alguns autores entendem, no entanto, que esta forma de discriminação, atendendo à sua crescente expressividade na vida em sociedade, deveria encontrar-se expressamente prevista na Lei Fundamental⁴⁰, no elenco das causas motivadoras de discriminação inserto no artigo 13º/2⁴¹. Neste sentido se referem vários autores, nacionais e estrangeiros, ao conceito de **Idadismo ou Etarismo**^{42 43}, o qual se traduz na discriminação baseada na idade, refletida em diversos setores, nomeadamente o laboral, sendo usual a

³⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA, VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, *ob. cit.*, p. 457.

⁴⁰ Numa perspetiva comparativa, de referir que, no Reino Unido, foi promulgada, no ano de 2006, “the employment equality (age) regulations”, com vista a evitar a discriminação em razão da idade nas relações laborais. Por sua vez, no Brasil, a constituição prevê expressamente a proibição da discriminação em razão da idade, mais assegurando especial proteção ao idoso. “Tais múltiplas alterações [do envelhecimento] afetam de forma particular os mercados de trabalho e de bens e serviços. (...) duma situação em que a idade era um valor passa-se a uma situação em que o velho é desvalorizado pela sua desatualização. (...) esta discriminação em desfavor dos mais velhos é um traço relevante das sociedades pós-modernas e resulta na criação de uma nova categoria de discriminações: o *etarismo* (*ageism*) que tem um papel muito relevante nas novas condições de funcionamento do mercado de trabalho. (...) a utilização do próprio conceito de discriminação neste contexto não é pacífica”, *vd.* CENTENO, LUÍS GOMES - *Envelhecimento e barreiras da idade no emprego*, in “Proteção Social”, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 7, 2006, p. 159.

⁴¹ JORGE FERREIRA-ALVES E ROSA FERREIRA LOBO, num estudo sobre a discriminação social das pessoas idosas, constatam que um número significativo de idosos tem perceção da discriminação de que é alvo, especialmente em contextos de saúde, na relação com profissionais de saúde. *Cf.* FERREIRA-ALVES, JORGE/ LOBO, ROSA FERREIRA - *Avaliação da discriminação social de pessoas idosas em Portugal*, in “International Journal of Clinical and Health Psychology”, s.l., nº 1, 2006, ISSN 1697-2600, p. 71.

⁴² *Cf.* CENTENO, LUÍS GOMES - *Envelhecimento e barreiras da idade no emprego*, *ob. cit.*, p. 159.

⁴³ *Vd. Supra*, p. 10.

limitação de empregos a um certo limite de idade; e social, sendo um seu reflexo o regime de separação de bens a que se encontram obrigados as pessoas com mais de 60 anos que celebrem casamento, nos termos do artigo 1720º. Tal imposição legislativa decorre da perspetiva marcadamente patrimonial da versão original do Código Civil. Todavia, ela encerra em si uma clara discriminação, a nosso ver, ferida de inconstitucionalidade, por violação dos princípios da dignidade humana e da igualdade, na medida em que limita a capacidade civil de uma pessoa escolher livremente o seu regime de bens, por uma razão de ordem etária, assente na proteção dos interesses patrimoniais de um dos cônjuges, com vista a evitar os casamentos por interesses, tendo por critério a idade do nubente.

Dessa forma, a lei inferioriza as pessoas com mais de 60 anos, como se a idade as tornasse menos capazes, sendo assim necessário a proteção do seu património pelo poder público⁴⁴. Como bem refere PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR, tal preceito cria uma nova forma de incapacidade, não prevista na lei, por não se encontrar no elenco das causas de incapacidade nem ser decretada judicialmente, ferindo assim também o princípio da tipicidade⁴⁵.

Como esclarecem JORGE FERREIRA-ALVES E ROSA FERREIRA LOBO, a discriminação de pessoas idosas assenta num “raciocínio pré-operatório com o qual se calcula o valor ou o merecimento de um indivíduo com base apenas numa característica”, a idade, à semelhança do que acontece com a discriminação com base na raça ou sexo, tornando indistinta a individualidade das pessoas, as quais se espelham meramente como pessoas idosas, independentemente do seu contexto social ou educativo⁴⁶.

⁴⁴ Criticando a posição legislativa brasileira, que segue no mesmo sentido que a portuguesa, BERENICE DIAS questiona sobre o fundamento diferencial entre um idoso e um jovem de 18 anos que pode escolher livremente o regime de bens, não sofrendo as limitações dos primeiros, dessa forma concluindo que “a lei presume que ninguém ama alguém com mais de 70 anos e tenta protegê-lo deste ingênuo sentimento.”, Vd. DIAS, MARIA BERENICE - *Mais 10!*, disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/mais_10.pdf. Consultado em 17.01.2012.

⁴⁵ CARVALHO JÚNIOR, PEDRO LINO DE - *O Idoso e o Direito de Família*, disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo007.html>. Consultado em 17.01.2012.

⁴⁶ Cf. FERREIRA-ALVES, JORGE/ LOBO, ROSA FERREIRA - *Avaliação da discriminação social de pessoas idosas em Portugal*, in “International Journal of Clinical and Health Psychology”, s.l., nº 1, 2006, ISSN 1697-2600, p. 67.

O artigo 25º da CDFUE refere-se também ao **princípio da autonomia**, manifestado, nomeadamente, nos direitos à capacidade civil e à cidadania, previstos no artigo 26º da CRP. Nas palavras de NUNO RODRIGUES GRANDE, “a autonomia conduz-nos à garantia de serem criadas as condições para que o idoso usufrua de bens materiais, meios de remuneração pelo trabalho ou por aplicação de rendimentos próprios, que garantam uma independência relativa face às exigências sociais.”⁴⁷

A procura pela independência da pessoa idosa constitui pilar fundamental de qualquer política estadual, familiar ou jurisdicional, na medida em que todos os atores passivos intervenientes deverão perspetivar as medidas de proteção ou assistência a pessoa idosa numa ótica de preservação da autonomia, tornando a pessoa menos dependente, garantindo-lhe o pleno exercício e gozo dos seus direitos, em situação de igualdade face aos restantes cidadãos, sendo tal autonomia proporcional à capacidade do idoso. Neste contexto, adquire relevância o direito de o idoso administrar livremente a sua pessoa e bens, sem interferência não solicitada de terceiros; de participar, de acordo com os seus interesses, na vida da comunidade; bem como outros direitos essenciais, mas algumas vezes secundarizados como o direito a viver sozinho. Tal direito não se consubstancia em qualquer forma de abandono ou isolamento, mas na concretização plena do envelhecimento ativo que se pretende, porquanto se trata de uma escolha pessoal do próprio idoso⁴⁸. É, portanto, fundamental que seja garantido aos idosos a possibilidade de tomarem livremente as decisões respeitantes à sua vida, pelo que, com vista à autonomia e liberdade de opção deste grupo, cumpre assegurar meios materiais adequados para que essas escolhas não sejam condicionadas por insuficiência desses meios, sanáveis, no âmbito estadual, por medidas como os Centros de Convívio, os Centros de Dia, os centros de Acolhimento Temporário de Idosos, os Lares de Terceira Idade e os serviços de apoio domiciliário⁴⁹.

⁴⁷ GRANDE, NUNO RODRIGUES - *Os Direitos específicos dos idosos*, in “*Humanidades : cultura e cidadania*.”, nº 4, 2001, p.18.

⁴⁸ BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *Envelhecimento, ética e cidadania*, ob.Cit.

⁴⁹ Sobre a caracterização das diferentes medidas, Vd. VAZ, ESTER/ SILVA, BERTA/ SOUSA, ISILDA - *Configurações de Vida na Velhice*, in “*ANTROPOLógicas*”, nº7, Porto, 2003, pp. 196 e ss.

Parece-nos, no entanto, que a independência terá que ser vista numa aceção mais ampla, não se resumindo meramente à inibição da intervenção dos sujeitos ativos, quando as circunstâncias o possibilitem. Ela terá que representar, pelo contrário, a intervenção destes na potencialização dessa mesma independência, garantindo a diminuição de obstáculos práticos à sua autonomia. Desse modo se facultará à pessoa idosa o apoio familiar e comunitário necessário, não se subsumindo este meramente às circunstâncias de dependência e incapacidade, verificadas especialmente na fase da senescência.

Como corolário desta dimensão da autonomia, encontramos a ideia da manutenção do dependente idoso no seu domicílio, enquanto assim o desejar e a sua condição de saúde o permitir, critério ao qual deverá ser dada prevalência na tomada de decisões concernentes a pessoas idosas. Como afirma ÂNGELA BURRIEZA, essa será a solução ideal do ponto de vista afetivo, psíquico, cultural, social e económico⁵⁰.

A última parte do artigo 25º da Carta da União Europeia refere-se diretamente ao ***princípio da participação e da autorrealização da pessoa idosa***, também elencados nos Princípios Fundamentais, sendo que a autorrealização poderá representar como que o resultado da conjugação bem-sucedida dos restantes princípios, para além da sua significação enquanto direito a uma vida orientada para fins e objetivos a prosseguir, cuja determinação caberá a cada pessoa idosa, atendendo à sua história biológica, social e cultural.

Estas premissas aludem diretamente ao conceito de envelhecimento ativo e bem-sucedido, alcançado pela integração do idoso na comunidade e na família, numa postura ativa e de interesse, efetivando a natureza de dualidade nas relações intergeracionais, a qual motiva obrigações e contributos de ambas as partes⁵¹.

Sob a égide da última dimensão de direitos dos idosos que cumpre mencionar – a ***Assistência*** – afunilaremos este nosso estudo para a matéria que nos propusemos tratar,

⁵⁰ Cf. BURRIEZA FIGUERUELO, ÁNGELA – *La Protección constitucional de las personas mayores*, in “*Teoría y Realidad Constitucional*”, Madrid, nº 14, 2004, p. 46.

⁵¹ Vd. *Infra*, p. 9.

a saber, os deveres jurídicos familiares em relação ao idoso, não olvidando da importância da intervenção estadual para a sua correta concretização. É nesta perspectiva, de assistência ao idoso e à família, que aludiremos à dimensão assistencial constitucional do Estado.

Posto este breve percurso sobre os fundamentais direitos e princípios relacionados com a temática do Envelhecimento, uma questão tem adquirido relevância académica e prática, a de saber se o **Direito do Envelhecimento** deverá ou não ser autonomizado juridicamente.

Em alguns ordenamentos jurídicos, com preponderância no continente americano, o Direito do Envelhecimento ou o Direito dos Idosos é já uma realidade jurídica, resultante da combinação do Direito e da gerontologia. Como explica ISRAEL DORON, a associação entre estas áreas do saber é recente, localizando-se temporalmente o seu *nascimento* no ano de 1960, e geograficamente nos EUA. Duas razões justificam o aparecimento deste novo ramo do Direito, uma primeira, já analisada anteriormente⁵², de ordem demográfica e social, prende-se com o crescente número da população idosa e as alterações na composição da sociedade daí resultantes, o que motiva um maior enfoque nos direitos desta nova maioria populacional. A segunda razão, se bem que decorrente desta primeira conclusão, decorre da constatação da inexistência de mecanismos legais de proteção adequados a tutelar a situação jurídica dos idosos⁵³, bem como da emergência de várias questões ligadas à saúde, constituindo estas duas categorias as principais fontes do Direito do Envelhecimento. O direito do envelhecimento pretende, dessa forma, minimizar o fosso existente entre a lei e a realidade social dos idosos⁵⁴, por meio da criação de um corpo legislativo autónomo, “com princípios e normas próprias,

⁵² Vd. *Infra*, pp. 7 e ss.

⁵³ Cf. DORON, ISRAEL - *A multi-Dimensional Model of Elder Law: An Israeli Example*, in “Ageing International”, s.l., Vol. 28, nº 3, 2003, p. 242 e 243.

⁵⁴ Doron, Israel - *Elder Law: current issues and future frontiers*, in “European Journal on Ageing”, s.l., 2006, p. 61.

perfeitamente diferenciadas dos restantes ramos do Direito, apesar de vinculado a elas”⁵⁵.

Dado o seu carácter recente, exprime-se como um direito em construção, encontrando-se em processo de crescente desenvolvimento, com futuras contrações e extensões. Por outro lado, é tido como um *direito mesclado*, na medida em que “não constitui nem constituirá uma filosofia de direito única e diferente, antes resulta da «importação» de vários ramos do direito”⁵⁶.

No âmbito das premissas fundacionais do Direito do Envelhecimento, um aspeto a realçar prende-se com a primordial função do Direito Internacional Público enquanto instrumento de uniformização e harmonização do Direito do Envelhecimento, por meio da criação de convenções internacionais que se reportam diretamente aos direitos das pessoas idosas⁵⁷, designadamente o já referido documento da ONU “Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas”. No entanto, muito se encontra ainda por regular no âmbito do Direito Internacional, especialmente no que respeita ao estabelecimento da jurisdição competente no quadro da mobilidade das pessoas idosas⁵⁸.

A revolução de mentalidades, propulsionada em sede legislativa, está marcadamente patente em várias outras realidades, nomeadamente na forense, afirmando-se como especialidade jurídica e também em várias organizações profissionais para tal fim constituídas, como a *national law academy of Elder Law Attorneys (NAELA)*; no campo académico, existem atualmente vários centros de estudo sobre o direito do envelhecimento, como o *canadian centre of elder law studies*, o *Elder Law University Western Australia*, fazendo a disciplina parte integrante do plano de cursos de Direito. Manifesta-se ainda no crescente número de associações civis e políticas direcionadas

⁵⁵ DABOVE CARAMUTO, MARIA ISOLINA – *Los Derechos de los Ancianos*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2002, ISBN 987-507-222-2, p. 433.

⁵⁶ *ibidem*, p. 62.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 63

⁵⁸ Este tema levanta, todavia, uma acesa polémica por influir em direitos como o direito à saúde, o suicídio assistido, a eutanásia e tantos outros, para os quais não encontraram ainda os Estados uma plataforma de entendimento. Cf. FAGAN, AIMEE R. – *An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults*, in “The Elder Law Journal”, vol. 10, nº 2, 2003, p. 331.

para a promoção dos direitos e apoio a pessoas idosas, designadamente o *National Center on Elder Abuse* (EUA); a rede europeia de prevenção contra a violência sobre as pessoas idosas ou a *American Association of retired People*.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se o Direito dos Idosos expressamente consagrado, por meio de documentos legislativos e políticos, especialmente o Estatuto do Idoso (EI), adotado pela Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003, e o Plano Nacional do Idoso, adotado pela Lei n. 8.842/94, de 4 de janeiro, o qual criou o Conselho Nacional do Idoso, dessa forma se pretendendo criar um “microsistema” reconhecedor das necessidades dos mais velhos e das obrigações estaduais⁵⁹.

Pese embora a evolução do Direito do Envelhecimento noutras regiões do mundo, no cenário nacional, idêntico ímpeto legislativo e jurisdicional ainda se não manifestou. Imperiosa se revela, portanto, uma reflexão séria e ponderada sobre a necessidade e relevância de uma idêntica autonomização do Envelhecimento, sendo certo que qualquer das respostas a tal questão nunca colocará em causa a especial proteção que à terceira idade cumpre ser assegurada, como constitucionalmente consagrada, promovendo a dignidade e o respeito pela pessoa humana.

As opiniões favoráveis a tal autonomização fundamentam a sua posição nas vulnerabilidades a que se encontra sujeito este grupo etário, merecedor de especial proteção estadual e societária, perante as violações aos seus direitos, porquanto parcamente reconhecidos socialmente. Neste sentido, refere JOANA RIBEIRO que “apesar da sua cada vez maior visibilidade, a população idosa tem alguma dificuldade em se constituir como grupo de pressão, o que pode determinar a privação dos seus direitos mais elementares”⁶⁰.

⁵⁹ Cf. DIAS, MARIA BERENICE - *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, ISBN 9788520333327, p. 413.

⁶⁰ RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento.*, ob. cit, p. 218. Vd. ainda HERRING, JONATHAN - *Family Law*, 3ª ed., s.l., Pearsons Longman, 2001, ISBN-9781408255520, p. 663.

Assim, a consagração de um Direito dos Idosos traduz o reconhecimento pela sociedade e pelo Direito das necessidades de um seu grupo maioritário, conferindo-lhe expressividade legal e política⁶¹. A autonomização jurídica de tais Direitos terá, pois, como fundamento primário, a promoção e sensibilização dos direitos sociais e fundamentais dos mais velhos, conferindo uma orientação clara da exigibilidade de respeito e cumprimento de tais direitos por terceiros.

Tais considerações de promoção e reforço da posição do idoso constituem factos de crucial importância e preocupação, merecendo particular atenção por parte do legislador e dos representantes políticos, que deverão assegurar mecanismos que consciencializem os próprios idosos e a sociedade em geral dos direitos daqueles, especialmente por meio de uma política pedagógica. Porquanto, uma das críticas apontadas pela doutrina brasileira ao sistema vigente prende-se com o seu reiterado incumprimento, circunstância reveladora da ainda falta de consciencialização dos direitos juridicamente consagrados.

Contudo, tais argumentos poderão não corresponder a uma efetiva necessidade de autonomização do Envelhecimento⁶², centrando-se, pois, a questão na sua forma de efetivação, seja por meio da sua autonomização, na forma, nomeadamente, de uma Lei Específica do Idoso, como defendem JORGE DUARTE PINHEIRO e REMÉDIO MARQUES⁶³, ou na sua incorporação aos normativos já existentes, no entendimento de PAULA TÁVORA VÍTOR⁶⁴, que acompanhamos. Neste sentido, a respeito da génese do Estatuto do Idoso brasileiro, refere OSWALDO RODRIGUES que antes da promulgação desse diploma já outras normas

⁶¹ Cf. SILVA, SIRVALDO SATURNINO/ GASPAROTTO, JAYME WANDERLEY – *O Estatuto do Idoso*, ob. cit.

⁶² Cf. DURÁN AYAGO, ANTONIA – *Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos*, in “Protección Jurídica de Los Mayores”, coord. por Gallego Martinez, Eva María / Pérez Alonso, Mariano / Celada reguero, Justo, 2004, pp. 449 e 450.

⁶³ A este respeito refere JORGE DUARTE PINHEIRO que “É escassa a relevância da proteção dos idosos na legislação ordinária do Direito Civil da Família. Não há, para os idosos, uma lei como a que existe para a proteção de crianças e jovens em perigo”, vd. PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, LISBOA, AAFDL, 2008, ISBN 9726290473, p. 377; MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português - Obrigação de alimentos e segurança social.*, in “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos”, Bauru, v. 41, n. 47, 2007, p. 346.

⁶⁴ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *O dever familiar de cuidar dos mais velhos*, in “Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família”, Coimbra, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 48.

legislativas consagravam a proteção integral a este grupo, sendo que apenas com a sua vigência se ressaltou a importância jurídica das necessidades dos idosos⁶⁵.

Com efeito, na senda do entendimento de PAULA TÁVORA VÍTOR, julgamos que a autonomização poderá traduzir o risco de um crescente fosso entre idosos e restantes adultos, na medida em que poderá conduzir à criação de uma qualificação subjetiva jurídica para os idosos que sugira uma ideia de distinção face aos restantes cidadãos. Aos idosos deverão ser assegurados, em respeito pelos princípios de igualdade e não discriminação, os mesmos direitos fundamentais e sociais que aos restantes cidadãos, impedindo a sua perspetivação como cidadãos protegidos, objeto de assistência pela restante sociedade.

Consideramos que a ideia fundamental a reter se traduz na preservação da identidade da pessoa durante toda a sua vida, incluindo durante a fase da velhice⁶⁶, porquanto os direitos de personalidade de uma pessoa a acompanham por toda a sua vida, não aumentando nem diminuindo de intensidade por razões cronológicas. Assim, uma tutela jurídica, tal como concebida supra, não permitiria, no nosso entendimento, atingir esse objetivo de uma “cidadania multigeracional”⁶⁷, porquanto os reconheceria, se assim o podemos chamar, como um subgrupo dos adultos, o que potenciaría a discriminação a que se encontram sujeitos, contrariamente ao pretendido.

Por outro lado, na perspetiva da família enquanto instituição, a autonomização surge como contrária aos seus fins e interesses, fomentando a sua desfragmentação em pequenos grupos, e motivando, dessa forma, o desgaste da noção de unidade⁶⁸.

Acresce ainda que, muito embora, numa perspetiva de sistematização jurídica, se revele tentadora a comparação entre crianças e idosos, enquanto pessoas vulneráveis, tal conceção não poderia ser mais errónea, por não comparáveis. Senão vejamos, inerente à

⁶⁵ RODRIGUES, OSWALDO PEREGRINA - *Estatuto do idoso*, ob. cit., p. 771.

⁶⁶ BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *Envelhecimento, ética e cidadania*, ob. cit.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *O dever familiar de cuidar dos mais velhos*, ob. cit., p. 48.

condição humana da criança está a sua natureza frágil, dependente, vulnerável, pelo que, independentemente da sua origem, formação ou família, a criança apresenta-se sempre como uma pessoa carente de proteção por parte de terceiros. O mesmo não sucede com o Idoso. Como tivemos já oportunidade de verificar, sequer o próprio conceito de Idoso é clara e etariamente identificável, ao contrário das crianças, sendo uma ficção sociológica, muito mais dependente das condições físicas, psíquicas e sociais de cada pessoa, pelo que sequer o destinatário-alvo se encontra concretamente definido. Por outro lado, como veremos adiante⁶⁹, velhice não é sinónimo de incapacidade ou de dependência, pelo que, velhice e vulnerabilidade não se correspondem ou coincidem, ainda que potencialmente corresponda a esta classe etária um risco de maior vulnerabilidade. Como tal, a autonomização jurídica da velhice encontra-se tão desfasada da realidade que pretende regular como a sua absoluta inexistência jurídica.

O desafio que se impõe ao Direito é o de transformar “a figura do idoso, antes vista como um ser que deveria ser amparado por motivos humanitários, numa perspetiva política, social e económica.”⁷⁰, conferindo-lhe a proteção adequada à sua dignidade humana, nas várias matérias que integram a sua vida social, pessoal e profissional.

⁶⁹ Vd. *Infra*, p. 98.

⁷⁰ NEGROMONTE, JOÃO - *Direito do Idoso, uma questão de modernidade e construção social*, disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo023.html>. Consultado em 17.01.2012.

CAPÍTULO II. DOS DEVERES FAMILIARES

MORALIDADE E JURIDICIDADE

A família é uma instituição pré-existente ao próprio Direito, constituindo a primeira forma de organização coletiva, prévia à organização política de Estado⁷¹. Pelo que, enquanto produto de um processo natural de aglomeração, ela rege-se por uma regulamentação muito própria, por meio de um sistema complexo de normas, as quais se definem e aplicam de acordo com a natureza e intensidade dos laços, e com os recursos existentes⁷², concretizando-se no seio de cada família. Desta forma, o Direito da Família abre espaço para a **autorregulamentação das famílias**⁷³, corolário do respeito pela autonomia da instituição familiar⁷⁴.

Ainda assim, como ensina JACINTO RODRIGUES BASTOS, identifica-se a esta instituição concretas missões sociais, imutáveis com o passar dos tempos e comuns a todas as famílias juridicamente reconhecidas, as quais refletem os valores essenciais do afeto, da estabilidade, segurança e solidariedade familiares⁷⁵, a saber, a continuidade do género humano⁷⁶, pela união de homem e mulher, sendo o casamento historicamente

⁷¹ Cf. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Direito da família: direito matrimonial*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, p. 26.

⁷² Num estudo sobre o papel das redes sociais na provisão de recursos, baseada em 60 entrevistas, a autora SÍLVIA PORTUGAL concluiu que os princípios aplicáveis nas diversas normas no seio das relações familiares são muitas vezes contraditórios entre si, uma vez que estas são fixadas de acordo com os critérios supra expostos. A título exemplificativo, os princípios de igualdade e justiça são desvalorizados na relação entre dador e recetor, mas já não nas relações entre vários dadores ou vários recetores. No entanto, face aos recursos existentes, mesmo nestas últimas relações, esses princípios tombam perante o princípio da equidade, nomeadamente por razões dificuldades financeiras de algum ou alguns dos dadores, ou por razões geográficas, quando respeita a prestação de cuidados. Cf. PORTUGAL, SÍLVIA - *O que faz mover as redes sociais? Uma análise das normas e dos laços*, in "Revista Crítica de Ciências Sociais", Coimbra, nº 79, 2007, p.38.

⁷³ Cf. LOBO XAVIER, RITA - *Da crise à desregulamentação da família*, in "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria", s.l., Coimbra editora, 2003, p. 846. Ainda neste sentido, vd. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Direito da família*, ob. cit. , p. 49.

⁷⁴ Cf. MACHADO, JOÃO BATISTA - *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, ISBN 17699/87, p. 29.

⁷⁵ Cf. LOBO XAVIER, RITA - *Da crise à desregulamentação da família*, ob. cit. , p. 838; CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA/ PEREIRA, JOSÉ SILVA - *Direito da Família-Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, aafdl, 2008, ISBN 9780000054272, p. 16.

⁷⁶ Com exceção da recente possibilidade de casamento civil de pessoas do mesmo sexo, não se reconhecendo nestas relações o fim de continuidade, por óbvias razões.

reconhecido como a fundação da família⁷⁷; a obtenção de alimentos e habitação para todos os membros que residam juntos, a manutenção do auxílio e socorro mútuos entre familiares, bem como a sua função educativa⁷⁸, no seu papel de “grande mediador cultural”⁷⁹, permitindo a formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Tais funções revelaram-se, com o passar dos tempos, como o núcleo fundamental dos deveres familiares, porquanto se manifestaram, invariavelmente, em toda a historicidade da evolução da família e das relações familiares, em contraste, nomeadamente, com a função político-económica imperante até ao século XIX⁸⁰. Porém, como adianta ainda JACINTO RODRIGUES BASTOS, estas funções “não têm sido cumpridas sempre da mesma maneira, nem com igual intensidade, nem entre o mesmo círculo de pessoas”⁸¹. Com efeito, a estrutura e constituição da família tem sido muito influenciada pelo mundo exterior e pelas suas metamorfoses, refletindo-as, por sua vez, encerrando a família, para além da sua natureza privada, também um carácter social, pelo que se consagra constitucionalmente a sua existência como o elemento fundamental da sociedade.

Destarte, da essencialidade valorativa que sobre a família recai na existência e manutenção da sociedade, decorre a legitimidade de intervenção do Direito na sua regulamentação. Contudo, a regulamentação jurídica não poderá ser de tal modo detalhada que restrinja a referida autonomia e o direito de autorregulamentação das famílias, antes devendo ser concebida numa perspetiva de proteção da família, incumbência estadual de foro constitucional. Assiste-se, portanto, a um equilíbrio entre normas jurídicas e morais, alcançável pelo recurso a princípios legais e conceitos indeterminados, possibilitando a sua concretização em cada família em concreto, mas estabelecendo, por outro lado, normativos universais e imperativos, de forma a

⁷⁷ DIAS, MARIA OLÍVIA - *A família numa sociedade em mudança- problemas e influências recíprocas*, in “Gestão e Desenvolvimento”, s.l., nº9, 2000, p. 100.

⁷⁸ Cf. BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES - *Direito da Família segundo o código civil de 1986*, vol. I, s.l., s.n., 1976, p. 12.

⁷⁹ COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, 4ª ed., Vol. I, Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723215472, p. 101.

⁸⁰ Sobre a evolução histórica da família, vd. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Direito da família*, ob. cit. , pp. 28 e ss. E EUFRÁSIO, MARCELO ALVES PEREIRA/ EUFRÁSIO, KÁTIA ALVES PEREIRA - *Historicidade do direito: uma abordagem histórico-jurídica da família e do instituto do casamento monogâmico na pós-modernidade*, in “Revista Jurídica Verba Volant Scripta Manent”, v. 1, s.l., 2007, pp. 32 e ss.

⁸¹ BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES - *Direito da Família segundo o código civil de 1986*, vol. I, s.l., s.n., 1976, p. 12.

reconhecer, pela via jurídica, a conformação dos comportamentos morais adequados, ou, de outro modo, os comportamentos merecedores de censura, por contrários a tais normativos.

Mas de que forma coexiste a autorregulamentação das famílias, no que respeita aos deveres com os seus familiares idosos, com a regulamentação e proteção jurídica daqueles por parte do Estado? Existe algum dever legal de cuidar dos mais velhos? Atentemos à **contextualização constitucional** de tais matérias.

O artigo 72º, cuja redação original remonta ao texto primário da Constituição⁸², sofreu duas posteriores alterações, tendo a mais relevante sido realizada aquando da revisão constitucional de 1982, na qual se transformou a obrigação estadual para com a terceira idade no reconhecimento dos direitos das pessoas idosas como Direitos Fundamentais, explicitado no nº 1 desse artigo.

Celebrando esta conquista constitucional, afirmava o deputado VITAL MOREIRA na sessão de 23 de junho de 1996 que “Seria injusto que passasse em silêncio o significado desta alteração. Na verdade, a partir de agora os idosos passam a ser não apenas objeto de direitos de uma obrigação do Estado em relação a eles, mas sujeitos a um direito fundamental. Esta transformação de uma obrigação do Estado em direito fundamental dos próprios cidadãos idosos implica não apenas um reforço dos direitos fundamentais, mas também um reforço da própria obrigação do Estado em cumprir esses agora qualificados direitos das pessoas idosas.”. Acrescentando JORGE MIRANDA, nessa mesma sessão, que tal medida era conforme com a “visão personalista” do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse preceito constitucional encerra em si, portanto, uma perspetiva da pessoa idosa na sua natureza complexa, própria da natureza humana, pelo que realizável em função de uma conjugação que vetores biológicos, sociais e culturais distintos, razão da experiência e dos antecedentes históricos de cada pessoa,

⁸² O texto original da CRP, no seu nº 1, estabelecia que “O Estado promoverá uma política de terceira idade que garanta a segurança económica das pessoas idosas”.

consagrando tal normativo um conjunto de direitos de naturezas distintas, nomeadamente económica, social, familiar⁸³.

É com base numa evocada “visão personalista” que deveremos sempre perspetivar as questões relacionadas com os idosos, enquanto grupo de pessoas merecedor de específicos direitos e de respetiva proteção, não olvidando, todavia, o seu contributo pluridimensional no seio da sociedade. Nesse sentido, a Assistência não poderá nunca resultar num enfraquecimento ou diminuição do valor social ou cultural da pessoa idosa, a qual periga embocar num cenário de marginalização social deste grupo de pessoas, pelo que se afigura vital a conjugação da Assistência com os Princípios de Autonomia e Participação, pensada numa lógica de conjugação e moderação, de forma a atingir políticas e linhas de atuação coerentes e à medida das verdadeiras necessidades das pessoas idosas.

No que respeita aos direitos previstos no dito preceito constitucional, para além da segurança económica, alude-se ainda às condições habitacionais, direito de extrema relevância em matéria de arrendamento, conferindo às pessoas idosas maiores garantias, na medida em que “a idade do inquilino pode constituir uma circunstância suscetível de impedir a denúncia mesmo quando preenchidos os requisitos para o efeito”⁸⁴.

Ao Estado cumpre executar, nos termos do artigo 72º/2, uma adequada política de terceira idade, de cariz económico, social e cultural. Não se trata de uma postura caritativa mas de uma verdadeira obrigação constitucional de proteção e assistência a um grupo social politicamente desfavorecido, em consonância com o artigo 9º/d) do diploma constitucional, o qual reconhece como tarefa fundamental do Estado a promoção do *“bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais, ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais”*.

⁸³ Vd. MIRANDA, JORGE - Sessão parlamentar da Assembleia da República (II Série, Revisão Constitucional) de 10-05-1989, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/?pid=r3>.

⁸⁴ MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI - *Constituição da República Portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, ISBN 9723213737, p. 726.

Mas impenderá o artigo 72º uma obrigação meramente sobre o Estado, ou, pelo contrário, delega a concretização desses direitos também na família e na sociedade?

Universalmente se reconhece que “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. Este preceito normativo, constante da DUDH (artigo 16º/3), encontra tipificação homóloga na nossa Lei Fundamental, referindo-se o artigo 67º a ela enquanto instituição fundamental à vida em sociedade, no seio da qual se efetiva o desenvolvimento e autorrealização dos seus membros, respeitando a unidade da família⁸⁵. Como refere PAULA GUIMARÃES, “a Família constitui a linha da frente da relação humanizada, personalizada e dignificante da pessoa, em qualquer fase da vida e em qualquer idade. (...) É sempre um encadeado de interdependências, de entregas e de dádivas, que acolhem todos os elementos como parte integrante de um todo comum”⁸⁶, nela se efetivando a mais antiga das solidariedades – a solidariedade familiar – traduzida nesse encadeado de interdependências, cenário privilegiado para a troca de afetos e ensinamentos.

É especialmente com base no princípio da solidariedade familiar que se fundamenta o dever de apoio dos familiares a pessoas idosas, dever culturalmente enraizado nos parâmetros ético-sociais, sendo indiscutível a sua obrigatoriedade moral. Menos categórico é o seu reconhecimento constitucional. Na verdade, o legislador constitucional não expressou claramente esse dever familiar, razão pela qual PAULA TÁVORA VÍTOR entende inexistir um dever constitucional familiar de cuidados com pessoas idosas⁸⁷, circunstância realçada quando comparada com outros ordenamentos jurídicos, como o espanhol, que prevê, no seu artigo 50º, que “independentemente das obrigações familiares”, o Estado deve promover o seu bem-estar, assegurando um sistema de cuidados de saúde,

⁸⁵ Cf. CANOTILHO, J.J. GOMES/ MOREIRA, VITAL - Constituição da República Portuguesa Anotada, *ob. cit.*, p. 858.

⁸⁶ GUIMARÃES, PAULA - *Famílias e envelhecimento - como reinventar a história do capuchinho vermelho*, in “A pessoa idosa e a sociedade, Perspetiva Ética”, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, p. 94.

⁸⁷ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA. *O Dever familiar de cuidar dos mais velhos.*, *ob. cit.*, p. 44.

habitação, cultura e lazer, intervindo o poder público espanhol de forma residual e complementar aos restantes agentes sociais⁸⁸.

Nesse mesmo sentido, a constituição brasileira estabelece, no artigo 230º, que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” Estes ordenamentos consagram, sem margem para dúvidas, esse dever jurídico familiar de assistência e proteção.

Muito embora entendamos como essencial idêntica consagração na nossa Lei Fundamental, parece-nos, no entanto, que a inexistência literal de tal formulação não redundará na ausência da natureza constitucional desse dever, a qual decorre da conjugação dos artigos 72º e 67º deste diploma, sendo resultado dessa leitura conjunta a responsabilização da família e da sociedade perante os idosos, a par da inequívoca obrigação estadual, no sentido da satisfação das necessidades dos elementos mais velhos da família⁸⁹. Senão vejamos. Consagra o artigo 72º o direito dos idosos ao convívio familiar e comunitário. A concretização deste direito ao convívio caberá necessariamente às famílias e às comunidades, na medida em que apresenta uma dimensão subjetiva, porquanto tem muito mais que ver com afetos e partilha de sentimentos, dependendo muito da personalidade e do meio envolvente do idoso. Por tal motivo, relativamente à intervenção estadual neste direito, vislumbramo-la na sua vertente negativa, inibindo o Estado de atentar contra a convivência do idoso com os seus pares.

Os direitos sociais das pessoas idosas extravasam, pois, a ligação económica entre idoso e sociedade, devendo antes ser perspetivados na visão humanista propalada por JORGE MIRANDA, enquanto conceção da pessoa idosa na sua plenitude e completude, pelo que merecedora de apoios de natureza económica e social, mas também afetiva e cultural.

⁸⁸ Cf. BURRIEZA FIGUERUELO, ÁNGELA – *La Protección constitucional de las personas mayores*, ob. cit., p.44.

⁸⁹ Cf. RIBEIRO, JOANA SOUSA – *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 228.

Desta forma, parece-nos que, por meio desta formulação, o legislador pretendeu delegar o dever de apoio às pessoas idosas, não apenas no Estado – cuja intervenção se concretiza no número 2 desse artigo - mas também nas famílias e na sociedade.

Aludindo à natureza complexa do direito social dos idosos, referia-se COSTA ANDRADE, na sessão parlamentar de 10-05-1989, ao artigo 72º como “um leque de dimensões de direitos que têm como referente ou como sujeito passivo, para além naturalmente do Estado, como organização própria da comunidade, a própria comunidade em si”⁹⁰.

Por outro lado, da conjugação do artigo 67º com o artigo 72º da CRP, retiramos ainda que, tendo a família direito à “proteção da sociedade e do Estado (...) e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”, traduzida, nomeadamente, na promoção da criação e acesso a uma rede nacional de “equipamentos sociais de apoio à família, bem como uma política de terceira idade” (artigo 67º/2,b), a Constituição garante à família, por meio da intervenção estadual, as condições necessárias para a realização e satisfação das necessidades dos seus membros, pelo que a inserção dessa referência no elenco de obrigações estaduais poderá deixar antever uma subalternização da intervenção do Estado à família.

Por outro lado, como refere JORGE MIRANDA, no artigo 67º/2b), contrariamente ao consagrado quanto aos estabelecimentos de ensino e outros, a lei fundamental não estabelece a necessidade do carácter público da rede de apoio à família, porquanto se trata, não apenas de uma competência do estado, mas da própria sociedade. Desse modo, o Estado deve assegurar que tal rede existe em todo o território nacional, independentemente do seu carácter público, privado ou concordatário⁹¹, na medida em que não se trata de uma responsabilidade exclusivamente estadual.

Entendemos, portanto que, para além desse dever de cuidado familiar estar patente na formulação da Lei Fundamental, a obrigação estadual apresenta-se como subsidiária em

⁹⁰ ANDRADE, COSTA - Sessão parlamentar da Assembleia da República (II Série, Revisão Constitucional) de 10-05-1989, disponível em: <http://debates.parlamento.pt/?pid=r3>.

⁹¹ Cf. MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ob. cit., p. 694.

relação ao dever familiar, posição corroborada pelo Relatório da Comissão de Juristas apresentado em 2000⁹².

Com efeito, sendo os direitos sociais direitos a prestações, a sua inserção no texto constitucional não determina a qualidade do Estado como único sujeito ativo dessa obrigação. Na verdade, e como verificámos neste mesmo artigo 72º, a sociedade e família têm também responsabilidades perante o idoso. O facto de o legislador determinar o direito à segurança económica e a condições de habitação não implica a exclusividade de efetivação desses direitos na “pessoa” do Estado, zelando este, todavia, pela sua efetivação e concretização.

Concebemos, portanto, estas relações numa perspetiva hierárquica, ou seja, o Estado presta à família a proteção necessária para uma adequada assistência e satisfação de todos os seus membros, as quais serão satisfeitas no seio da própria família, a menos que tal se não verifique, o que legitima, subsidiariamente, o Estado e a sociedade a intervirem em substituição da família, no cumprimento dessas responsabilidades.

Naturalmente que tal perspetiva não dirime ou negligencia os direitos subjetivos adquiridos pelos cidadãos durante a sua vida contributiva, enquanto “direito independente e autónomo das suas concretas necessidades e das possibilidades económicas dos seus parentes mais próximos”⁹³, cristalizado no direito à pensão de reforma. De facto, quando nos referimos à subsidiariedade da intervenção estadual estamos naturalmente a delimitá-la ao regime não contributivo⁹⁴, concedida apenas em situação de carência e face à ausência de prestadores de assistência. Como esclarece REMÉDIO MARQUES, “Estas prestações sociais não visam assim substituir rendimentos que o beneficiário deixou de auferir com o termo da vida laboral ativa, mas sim atuar como

⁹² Cf. V.V.A.A., Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica, 2000, Comissão de Juristas (policopiado), pp. 63 e 64.

⁹³ MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, p. 363.

⁹⁴ Sobre uma síntese da distinção entre regimes contributivos e não contributivos da Segurança Social, vd. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., p. 130; e NEVES, JOÃO CÉSAR DAS - *Economia dos e para os idosos*, ob. cit., p. 41.

compensação ou como acréscimo pecuniário relativamente aos recursos económicos de que podem dispor, por si só ou através dos familiares mais próximos”⁹⁵.

Destarte, os direitos sociais representam dois tipos de prestações estaduais: “*de dare*”, designadamente económicas (pensões de velhice, sobrevivência, reforma...), quando se verifique que o idoso não dispõe de segurança económica autónoma para fazer face aos encargos da vida; ou “*de facere*”, englobadas na dimensão protetora e assistencial conferida à família, designadamente com apoio domiciliário, entre outras, ou diretamente ao idoso, quando a família não exista ou não seja capaz de garantir a sua função de apoio e cuidado aos seus membros.

Nesta linha de pensamento, sintetiza MANUEL BRAGA DA CRUZ que “a família deve ser reconsiderada como a instituição privilegiada para a assistência à terceira idade, devendo ser para ela canalizados meios e estratégias de assistência” ⁹⁶. Por duas razões fundamentais. A primeira por se reconhecer na família a instituição potenciadora de bem-estar e estabilidade emocional das pessoas idosas, sendo a manutenção da pessoa no seio do ambiente familiar um direito a preservar. O Estado deve, assim, promover a família como elemento natural de apoio e cuidado intergeracional, permitindo-lhe executar as suas tradicionais funções, num espaço de interdependência que lhe é próprio.

Por outro lado, a procura pela responsabilização familiar encontra maior expressão atendendo à cada vez mais fraca e instável sustentabilidade dos sistemas públicos de proteção social e à estagnação dos diminutos apoios prestados, face ao crescente aumento da população necessitada⁹⁷.

Também noutros sistemas regionais se declara a vinculação de responsabilidades familiares para com as pessoas idosas, mormente às responsabilidades filiais, sendo de destacar o sistema americano, pela aprovação, em 1948, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em

⁹⁵ REMÉDIO MARQUES, J. P. - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 364.

⁹⁶ CRUZ, MANUEL BRAGA DA – “Desigualdade Social e Pessoa Idosa”, in “A pessoa e a sociedade: perspetiva ética, ob. cit., p. 54.

⁹⁷ Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 255.

Bogotá, mormente o seu artigo XXX, o qual consagra que “os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de os auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem.” Daqui se retira que o dever de honra e respeito pelos pais é um dever que acompanha sempre a relação paterno-filial, não diminuindo de intensidade, independentemente das alterações pessoais e familiares manifestadas em qualquer dos membros. Para além do referido diploma, o sistema jurídico americano integra também a Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, em Costa Rica, renovando a consideração da família como pilar fundamental da sociedade, no seu artigo 17º, afirmando ainda, de forma contundente, que todas as pessoas têm deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”, uma norma poética mas que se pretende também juridicamente vinculativa, e reconhecedora, em nosso entender, de uma hierarquia obrigacional espelhando a proximidade das relações pessoais e humanas.

Para além do Americano, também o sistema regional africano é merecedor de referência pela Carta Africana dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada em junho de 1981, na décima oitava Assembleia dos Chefes de Estado e de Governo, realizada no Quênia. Na senda do anteriormente referido relativamente ao valor jurídico atribuído à família no sistema americano, também a Carta Africana, no seu artigo 18º, reconhece à instituição familiar semelhante relevância, denominando-a de “guardiã dos valores morais e tradicionais reconhecidos pela comunidade”, pelo que merecedora de proteção por parte dos Estados. Nesse mesmo normativo se reconhece o direito dos mais idosos a medidas especiais de proteção, atendendo às suas necessidades físicas e morais. Por sua vez, estabelece ainda a Carta Africana a obrigação de todo e qualquer cidadão para com a sua família e a sociedade – artigo 27º. Nesse sentido, esclarece o artigo 29º que “o indivíduo tem o dever de preservar o harmonioso desenvolvimento da família e fomentar a coesão e o respeito entre familiares; respeitar sempre os seus pais e prestar-lhes assistência no caso de necessidade”.

Aqui chegados, reconhecendo-se a existência de responsabilidades familiares relativamente a familiares idosos, importa identificar sob que **fundamentos** assentam tais obrigações, nomeadamente as responsabilidades geradas com base no vínculo paterno-filial.

Desde logo, um aspeto de fundamental importância a considerar na apreciação desta questão prende-se com a íntima ligação com o foro cultural em que se insere. Com efeito, um estudo realizado em Cambridge⁹⁸ demonstrou que o cuidado filial relativamente a ascendentes idosos resulta de uma conjugação de fatores, designadamente das condições de pais e filhos (recursos financeiros, tempo disponível...), da estrutura familiar, do apoio do Estado e da Comunidade e das raízes culturais⁹⁹. O mesmo estudo concluiu ainda que o reconhecimento do Estado como principal responsável pelo cuidados com os idosos se relaciona inversamente com o cuidado dos pais por filhos, ou seja, quanto maior for a consciência da responsabilidade estadual, menos frequente é a assunção dessa responsabilidade pelos familiares. Nesse sentido, concluiu igualmente que quanto menor a responsabilidade de cuidado, maior a quantidade de serviços formais disponíveis¹⁰⁰.

De facto, verifica-se uma predominância do cuidado intergeracional nos países de centro e Sul da Europa, onde o cuidado com os ascendentes é considerado uma responsabilidade familiar e um dever jurídico, em oposição aos países nórdicos, em países como o Reino Unido, a Irlanda, a Holanda e o Luxemburgo, cuja consciência de responsabilização filial é menor, muito em virtude da maior abrangência dos cuidados formais.

⁹⁸ Cf. KLAUS HABERKERN/MARC SZYDLIK - *State care provision, societal opinion and children's care of older parents in European countries*, in "Ageing & Society", s.l., Cambridge University Press, nº 30, 2010, p. 317.

⁹⁹ Partilhamos do entendimento de GUILHERME DE OLIVEIRA quando atribui a diferença de conceptualização dos países europeus à influência protestante e católica, reconhecendo nos primeiros um maior individualismo e autonomia nas relações conjugais e familiares, em oposição aos países de influência católica, os quais demonstram uma maior predisposição para a solidariedade e a comunhão de interesses em detrimento dos interesses individuais. No entanto, para além da oportuna consideração do ilustre Professor, não encontramos estudos que comprovassem tal teoria, sendo, todavia, uma questão merecedora de posterior desenvolvimento científico. Cf. GUILHERME DE OLIVEIRA - *Transformações do direito da família*, in "Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977", Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 778.

¹⁰⁰ Cf. KLAUS HABERKERN/MARC SZYDLIK - *State care provision, societal opinion and children's care of older parents in European countries*, ob. Cit., p. 318.

Como tal, esclarece ALEXANDRA LOPES que a realidade portuguesa é um ótimo exemplo de *familialismo*, conceito traduzido na preponderante responsabilidade das famílias pelo bem-estar dos seus membros, face a qualquer outro agente social¹⁰¹. Por tal motivo, a doutrina portuguesa sempre reconheceu tal obrigação filial, não existindo, por essa mesma razão, vasta literatura relativamente aos fundamentos dessas obrigações, tidas, por razões culturais e civilizacionais, como morais e legalmente vinculativas, fundamentando-as, sem grandes considerações de maior, na reciprocidade e na gratidão dos filhos relativamente aos pais¹⁰². Com efeito, desde o século XVIII que o tema tem sido alvo de acesa polémica entre os autores protestantes. Não sendo nossa pretensão uma explanação exaustiva das várias teorias invocadas, partilhamos do entendimento de JONATHAN HERRING quando entende que essa assunção obrigacional resulta da junção das teorias da reciprocidade, do vínculo biológico e do apoio interdependente¹⁰³.

A reciprocidade traduz a vinculação dos filhos a um conjunto de deveres para com os seus pais em razão de uma lógica de trocas mútuas entre si, as quais se caracterizam pelo seu carácter generalizado, em oposição às trocas restritas, vulgares entre “os fluxos horizontais, entre colaterais, amigos e vizinhos”¹⁰⁴. Assim, as trocas generalizadas não têm uma vigência determinada, não outra que a própria vida, nem sequer destinatários concretos, na medida em que o recetor de uma dádiva poderá ser o dador para outro qualquer familiar que não o seu recetor direto.

É nesta dimensão subjetiva e lata que se organizam as redes familiares, baseadas em relações de confiança e segurança, características da perdurabilidade dos laços familiares¹⁰⁵. Nesta linha de pensamento, concluía SÍLVIA PORTUGAL no seu estudo empírico,

¹⁰¹ Cf. LOPES, ALEXANDRA - *Familialism and financial resources in old age: setting the sense for the use of long-distance assisted mechanisms in Portugal*, in “Sociologia”, Porto, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, p.350.

¹⁰² Cf. ROCHA, M. A. COELHO DA - *Instituições de Direito Civil português*, Coimbra, Na imprensa da Faculdade, 1852, p. 218.

¹⁰³ Cf. HERRING, JONATHAN - *Family Law*, ob. Cit., p. 668.

¹⁰⁴ A respeito das trocas intergeracionais, ANA ALEXANDRE FERNANDES esclarece que as transmissões de ordem económica e monetária ocorrem especialmente em sentido descendente. Por sua vez, as transmissões relacionadas com serviços prestados efetuam-se em ambos os sentidos. Cf. FERNANDES, A. A. - *Velhice, solidariedades familiares e a política social*, ob. cit., p. 48.

¹⁰⁵ Alguns autores criticam a reciprocidade enquanto fundamento moral da responsabilidade filial, baseando-se na ideia de os pais, por terem dado causa ao nascimento da criança, assumem implicitamente a responsabilidade parental, o que não acontecerá na

que “cuidar dos pais na velhice não é apenas uma retribuição das dádivas recebidas no decorrer da vida, é também uma retribuição pelas dádivas que estes fizeram aos seus próprios pais”¹⁰⁶.

A par da reciprocidade, o supra citado autor JONATHAN HERRING refere ainda o vínculo biológico como fundamento das responsabilidades filiais, decorrendo estas direta e automaticamente desse facto natural, em razão da especialidade e especificidade desta relação familiar. Com efeito, pais e filhos encontram-se numa posição única de dadores de assistência e auxílio mútuo, como nenhuma outra pessoa ou instituição pode fornecer, desta forma se justificando a prevalência da família perante o Estado nos cuidados aos idosos. O estudo de SÍLVIA PORTUGAL aquiesce nesta ideia, esclarecendo que as obrigações familiares são um dado adquirido, mais do que um produto da evolução da relação familiar, referindo que “existe uma noção do que se espera de um parente e daquilo que ele pode esperar (...) na certeza de que os seus membros partilham uma mesma noção de «como deve ser»”¹⁰⁷. Num outro estudo elaborado por LUÍSA PIMENTEL E CRISTINA ALBUQUERQUE, a autora dava conta desta mesma realidade, afirmando que muitos idosos se sentiam na expectativa da intervenção ativa dos seus filhos, da mesma forma que tinham agido com seus pais¹⁰⁸.

Muito embora seja manifesta esta apreensão moral inata ao vínculo biológico, na qual “Filhos, pais e avós fazem parte de uma cadeia intergeracional, através da qual a dádiva circula e a reciprocidade chega sempre um dia”¹⁰⁹, a sua plena concretização só se efetivará perante a verificação de uma lógica de interdependência familiar, enquanto veículo de transferência de afetos e cuidados mútuos, constituindo esse elemento a

perspetiva inversa. Esta crítica não colhe qualquer vislumbre de razão, por profundamente anódina. Na verdade, seguindo o mesmo raciocínio, numa lógica inversa, a responsabilidade dos filhos seria até acrescida e mais intensa, em virtude de os pais lhes terem dado a vida, bem fundamentalíssimo, impossível de retribuir. Cf. DANIELS, NORMAN - *Am I my parents' Keeper? An essay on justice between the young and the Old*, New York, Oxford University Press, 1988, p. 597 e, a nível nacional, FREITAS ET ALL, 2002, apud MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., p. 133.

¹⁰⁶ PORTUGAL, SÍLVIA - *O que faz mover as redes sociais*, ob. cit., pp. 41 e 42.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰⁸ PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 176.

¹⁰⁹ PORTUGAL, SÍLVIA - *O que faz mover as redes sociais*, ob. cit., p. 42.

última teoria invocada por JONATHAN HERRING¹¹⁰. A interdependência encerra em si um critério objetivo de delimitação das responsabilidades familiares, relevante perante a desconformidade de posições entre familiares, tradutor da concreta relação afetiva e assistencial existente entre familiares.

Face ao exposto, não reside qualquer dúvida que a solidariedade familiar permanece intacta, enquanto “encadeado de interdependências, de entregas e de dádivas, que acolhem todos os elementos como parte integrante de um todo comum”¹¹¹, sendo incontestável o seu carácter moral e jurídico no seio da sociedade hodierna, caindo por terra a teoria parsoniana da família, de acordo com a qual a segmentação da família se devia aos processos de industrialização, em razão do isolamento da rede de parentesco, reduzindo-a a um núcleo familiar constituído pelos pais e reduzido número de filhos¹¹².

Contudo, embora se mantenha a intensidade afetiva e a confiança sob que assenta a solidariedade familiar, as famílias não se encontram, porém, na possibilidade de satisfazer, de forma exclusiva, as necessidades físicas, psíquicas e sociais dos seus membros mais vulneráveis, como tradicionalmente o faziam¹¹³, em razão das atuais condições sociais, económicas e geográficas das famílias. Por este motivo, a sua incapacidade foi, durante algum tempo, confundida com desinteresse e descompromisso, erroneamente, uma vez que a família representou sempre o baluarte da coesão e segurança para os seus membros, mesmo em tempos revoltos, colocando a tónica do seu compromisso familiar mais na afetividade que na obrigatoriedade. De facto, estudos demonstram que os cuidadores vêm a sua atuação como uma dádiva, num espírito voluntarioso, muito embora reconheçam a existência de responsabilidades familiares inerentes ao vínculo biológico, mas não seja essa a força motriz que os impele a agir¹¹⁴.

¹¹⁰ Alguma doutrina, encabeçada por JANE ENGLISH valoriza a tal ponto o critério da interdependência nas relações familiares, em detrimento do vínculo biológico, que compara a relação de assistência entre pais e filhos a uma relação de assistência entre amigos. Cf. HERRING, JONATHAN - *Family Law*, ob. cit., p. 667.

¹¹¹ GUIMARÃES, PAULA - *Famílias e envelhecimento*, ob. cit., p. 94.

¹¹² Cf. FERNANDES, A. A - *Velhice, solidariedades familiares e a política social*, ob. cit., p. 49.

¹¹³ Cf. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., p. 134.

¹¹⁴ Cf. RIBEIRO, JOANA - *Processos de envelhecimento*, ob. cit., p. 217.

CONCRETIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO

Como verificámos anteriormente, inerente às relações familiares encontram-se certos deveres de ordem ética e moral aos quais a lei concedeu relevância jurídica, em virtude da sua relevância social.

Muito embora o **vínculo jurídico** que fundamenta a existência de tais relações familiares seja distinto, os deveres que sobre elas recaem são genericamente semelhantes, moldando-se o seu conteúdo, a sua intensidade e as suas delimitações à natureza de tais vínculos, pelo que também a sua relevância jurídica varia em função da linha e do grau¹¹⁵. Com efeito, no âmbito das relações familiares, são as distintas naturezas dos vínculos familiares que determinarão a maior ou menor exigência perante os deveres familiares.

Pelo que, se a natureza dos deveres conjugais não levanta grandes dúvidas, atendendo à sua natureza aquisitiva, resultado da vontade livre e esclarecida de duas pessoas que assumem publicamente a assunção de deveres recíprocos, os vínculos familiares biológicos enquanto fonte de obrigações afiguram-se mais polémicos, desde logo no âmbito do vínculo paterno-filial.

Nestas últimas relações, estabelece o legislador, no artigo 1582º do CC., que são juridicamente valoráveis os efeitos das relações em qualquer grau da linha reta e até ao sexto grau da linha colateral. Contudo, perante a imposição de certos deveres jurídicos, naturalmente que tal delimitação terá que ser mais restrita na linha colateral, não se entendendo igual restrição à linha reta, dada a especial relação inerente a tais vínculos.

Por forma a **delimitar os sujeitos passivos de tais obrigações familiares**, socorremo-nos do direito Penal, mormente da figura legal de *Dever jurídico pessoal de garante*. Este

¹¹⁵ Cf. PINHEIRO, JORGE DUARTE - *Direito da família e das sucessões*, Vol. I, 3ª. Ed., Lisboa, AAFDL, 2007, ISBN 9780000060341, p. 44.

dever é frequentemente invocado nos crimes comissivos por omissão¹¹⁶, constituindo o critério para a determinação da responsabilização do omitente pelo resultado, pelo que estaremos perante um crime de comissão por omissão quando o omitente, tendo uma obrigação especial de garante perante a vítima, não agiu de forma a impedir a verificação do resultado. Para este efeito, demonstra-se relevante os fundamentos invocados na existência deste dever. FIGUEIREDO DIAS entende que tal dever se deverá à conjugação de dois pressupostos: teremos que estar perante uma “relação particularmente próxima” entre omitente e a vítima, apresentando ainda essa relação uma natureza de dependência¹¹⁷. Por sua vez, FARIA COSTA entende que tal dever se fundamentará numa lógica de justiça, similar ao das obrigações naturais, tendo por “base relacional [uma] relação de responsabilização primitiva”¹¹⁸. Parece-nos que as opiniões supra expostas, sendo distintas, são passíveis de harmonização, na medida em que, verificando-se entre familiares uma relação de proximidade e dependência, naturalmente que o dever sobre que impende tal relação será também ele uma obrigação natural, enquanto dever de ordem moral e social, nos termos do artigo 402º.

Ao abrigo do artigo 1874º, a relação entre filhos e pais estará naturalmente integrada neste conceito, porquanto se verifica o carácter pessoal de tal dever, preenchidos que se encontrem os requisitos supra determinados. Mas, como refere FIGUEIREDO DIAS, este dever estender-se-á a outras relações familiares, bem como à relação entre cônjuges e ex-cônjuges, ao abrigo do artigo 1672º do CC., se tais pressupostos de igual forma se verificarem. Fundamentando-se tal dever no carácter pessoal dessa relação, parece que se encontrarão delimitadas as relações familiares sujeitas a este especial dever, excluindo-se as relações de amizade e de namoro.

¹¹⁶ Como é sabido, a conduta criminosa pode consubstanciar uma ação ou omissão, podendo esta última caracterizar-se como simples ou própria, traduzida “num comportamento negativo ou imprudente, ainda que não conduza a um resultado material”; ou comissiva ou imprópria, quando a não atuação produza um resultado proibido. Cf. SANTOS, MANUEL SIMAS / LEAL-HENRIQUES, MANUEL - *Noções elementares de direito penal*, 3ª ed, Lisboa, Rei dos Livros, 2009, ISBN 978-972-51-1152-9, p. 46.

¹¹⁷ Cf. DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, ISBN:978-972-32-1523-6, p. 940.

¹¹⁸ Cf. COSTA, JOSÉ DE FARIA – *Omissão (Reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXII, nº 72, Coimbra, 1996, p. 397.

TAIPA DE CARVALHO concretiza essa delimitação subjetiva, invocando a qualidade das pessoas referidas no artigo 2009º do CC. Esclarece o autor que “se a lei obriga estas pessoas à prestação de alimentos, então parece lógico que, por maioria de razão, as obrigará a prestar ajuda, no caso de se encontrarem, p. ex., numa situação de perigo para a vida ou para a integridade física”¹¹⁹.

Sendo que o artigo 2009º, atendendo à natureza das diferentes relações familiares, determina os sujeitos passivos da obrigação alimentícia, servindo tal critério para delimitar, por sua vez, quais os familiares sujeitos ao dever pessoal de garante, entendemos que, por maioria de razão, será esse o critério de delimitação dos deveres jurídicos familiares. Contudo, cumpre ressaltar que, à semelhança do preceituado na alínea e) do referido artigo¹²⁰, também os sobrinhos deveriam estar vinculados à especialidade de tais obrigações durante a velhice dos seus tios, por duas ordens de razão: a primeira relativa à situação de vulnerabilidade que poderá representar a velhice, enquanto momento de maior dependência, numa idêntica lógica de reciprocidade, durante a menoridade; por outro lado, por existir um vínculo de considerável relevância moral e jurídica entre tios e sobrinhos que o legislador deverá tomar em consideração. Destarte, os deveres familiares são juridicamente oponíveis em qualquer grau da linha reta e até ao terceiro grau da linha colateral.

Por sua vez, a afinidade, traduzida no vínculo que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro gera também efeitos entre as partes, os quais variam consoante a maior ou menor proximidade de vínculo, como verificaremos adiante. Com efeito, a afinidade, sendo uma relação familiar derivada do casamento, resultará num vínculo mais intenso que certos graus de parentesco na linha colateral¹²¹.

¹¹⁹ CARVALHO, AMÉRICO A. TAIPA DE - *Direito Penal- Parte Geral*, ob. cit., p. 431.

¹²⁰ Artigo 2009º, alínea e): “Os tios, durante a menoridade do alimentando”.

¹²¹ A título exemplificativo, os afins em linha reta não se poderão escusar a uma nomeação de tutor, nos termos do supra referido artigo.

Uma última relação familiar que cumpre mencionar, a adoção, assenta na “verdade afetiva e sociológica, distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco”¹²², e apresenta duas modalidades, a adoção restrita e plena, conferindo-se a esta última todas as inerências dos laços entre pais e filhos e, portanto, os direitos e deveres familiares respetivos, extinguindo-se as relações entre o adotado e a sua família biológica (1986º), pelo que também a ela nos estaremos a referir quando estudarmos os laços paternofiliais.

Diferentemente se perspectiva, no entanto, a adoção restrita, na medida em que não há uma substituição das relações familiares biológicas, as quais se conservam integralmente, mas um cúmulo com uma nova relação que entre adotado e adotante se gera, a qual integrará certos direitos e deveres, designadamente a título sucessório e de prestação de alimentos, na proporção do vínculo entre eles existente (1996º, 1999º e 2000º). Como esclarece JORGE DUARTE PINHEIRO, “o artigo 2000º prova que o dever de assistência subsiste, não havendo razões para pensar que a situação seja diferente no que toca aos deveres de respeito e auxílio”.¹²³

No âmbito do nosso estudo, destacamos os deveres de respeito, cooperação e assistência, expressamente consagrados nos diplomas vigentes, tidos como **deveres – princípios-chave**, aos quais dedicaremos maior atenção.

Na verdade, ressalvadas as especificidades decorrentes da natureza dos vínculos familiares, tais deveres são compatíveis com as várias relações familiares em análise, designadamente a relação conjugal e a relação de parentesco paternofilial, às quais votaremos maior reflexão.

A respeito destes deveres, DIOGO LEITE CAMPOS ilustra a sua essência da seguinte forma: “o dever de respeito situa-se no *ser*. Cada um deve reconhecer no outro um ser diferente que há que respeitar, que aceitar. Em termos de não o coagir, nem sequer o tentar

¹²² Cf. COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 49.

¹²³ PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 280.

mudar, mas estar disponível para ele tal como é e de o amar assim. (...) os deveres de assistência e cooperação integram o *ser para com os outros*. E a *comunhão de vida*, a disponibilidade constante de cada um para com os outros, o colocar em comum a vida, o tempo e o espaço... é o outro nome do *ser com os outros*”¹²⁴. A forma como o autor contextualiza estas obrigações familiares vislumbra-se como o adequado ponto de partida para o desenvolvimento deste estudo.

DEVER DE RESPEITO

O dever de respeito, expressamente consagrado no artigo 1672º e no artigo 1874º, deverá ser considerado numa perspetiva ampla, englobando dois sentidos.

Num **sentido negativo**, o respeito representará a obrigação de não ofender a integridade física e moral dos familiares. Aditado pela reforma de 1977, ele é reflexo da tutela geral da personalidade, prevista no artigo 70º, de acordo com a qual a “lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade”, não pretendendo salvaguardar apenas os direitos pessoais gerais, mas também os patrimoniais individuais dos cônjuges¹²⁵. Este dever afirma-se, portanto, mais exigente face ao dever de geral de respeito que impende sobre todos, em relação a todas as pessoas¹²⁶. Tal especialidade é motivada pelos vínculos de proximidade afetiva e ou efetiva existentes nas relações familiares em análise, cuja natureza intensifica o grau de exigência deste dever.

¹²⁴ CAMPOS, DIOGO LEITE DE - *Eu-Tu : o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)*, in “Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Vol. I, s.l., Coimbra Editora, 2004, p. 47.

¹²⁵ Cf. Duarte PINHEIRO, JORGE - *Direito da família e das sucessões*, ob. cit., p. 146.

¹²⁶ Cf. *Ibidem*, p. 276.

Tal especialidade não se manifesta apenas na proibição de maus-tratos ou abandono, mas, de igual modo, na forma de tratamento utilizada com os familiares idosos, nomeadamente o tratamento infantilizante muitas vezes adotado para com aqueles, ou a coartação da sua autonomia, ainda que a pessoa esteja na posse das suas faculdades físicas e mentais.

Por outro lado, ele representará também o dever de “não se conduzir na vida de forma indigna, desonrosa e que o faça desmerecer no conceito público”¹²⁷. Muito embora tal conceção respeite diretamente aos cônjuges, na sua vertente de união conjugal, entendemos que perspetiva semelhante deverá ser promovida relativamente ao dever de respeito paterno-filial, para este efeito se revelando importante a consagração jurídica de um preceito semelhante ao já extinto dever de honrar os pais. Neste sentido, corroboramos a crítica tecida por A. VARELA quando, a respeito da retirada do dever dos filhos honrarem seus pais, diz que “o legislador sacrificou de ânimo leve o principal instrumento axiológico [a honra dos pais] que a lei de 1976 encontrara para entronizar na pedagogia educativa da criança o culto da família.”.

De facto, parece-nos que, independentemente do ciclo de vida dos deveres familiares, esta perspetiva do dever de respeito parece ser um dos elementos mais imutáveis da relação paterno-filial, no sentido em que uma relação adequada entre pais e filhos implicará sempre a demanda, de ambos, por uma vida reflexiva da consideração dos seus familiares. Desta forma, o “dever de não se conduzir na vida de uma forma desonrosa”, enquanto desdobramento do dever de respeito, demonstra-se compatível e adequado à dinâmica das relações paterno-filiais, circunstância que deverá ser tomada em consideração na verificação do cumprimento desses deveres.

Com isto pretendemos afirmar que não basta uma posição passiva face a tal dever, de omissão de condutas violadoras desse respeito, mas uma postura ativa, de concretização nas suas atitudes. Assim, muito embora entendamos que o dever de respeito, nesta

¹²⁷ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-11-2009. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

perspetiva, não tem a amplitude e conexão direta que se verifica entre cônjuges, porquanto não se trata de uma comunhão de vida, não podendo ser concebido com a mesma intensidade, consideramos que o mesmo princípio deverá, *mutatis mutandis*, ser aplicado nestas relações familiares, dessa forma se acentuando a tónica na noção de que as atitudes tomadas por um membro da família se repercutirão não apenas na sua vida, mas também afetarão os seus membros mais diretos, ascendentes ou descendentes. Muito embora uma tal ramificação do dever de respeito seja de difícil aplicação jurisdicional, por respeitar a elementos subjetivos, dificultando a determinação de uma sanção objetiva, a verificação da sua violação representará, contudo, um elemento a considerar na aferição da bilateralidade dos deveres, e, por sua vez, da exigência dos correlativos direitos.

Por sua vez, numa **perspetiva positiva**, o dever de respeito impõe aos seus agentes a adoção de uma postura adequada face ao familiar, manifestada pelo interesse na vida familiar, pelo diálogo entre ambos, na manutenção da dinâmica adequada à relação paterno-filial. Trata-se de um dever de carácter amplo, o qual abrange atos e omissões por parte dos familiares, corolário do princípio da dignidade e da autonomia da pessoa idosa, nomeadamente o dever de propiciar um ambiente familiar agradável aos ascendentes, de conforto, tranquilidade e confiança¹²⁸, bem como na preservação do direito à imagem e à identidade.

No âmbito das relações paterno-filiais, mais cumpre realçar que, ainda que não consagrando expressamente a igualdade entre pais e filhos, o legislador de 1977 impôs a tais relações uma natureza de reciprocidade, pela utilização do advérbio “**mutuamente**” utilizado no artigo 1874º do CC. A sua adoção foi intensamente criticada pela doutrina, negando muitos autores a natureza de reciprocidade existente entre pais e filhos, por não refletir as típicas relações familiares existentes, dessa forma se opondo às convenções sociais e culturais. Com efeito, por meio de tal conceção legislativa, filhos e pais devem-se

¹²⁸ SILVA, JOÃO PAULO LOPES DA / ARAÚJO, MARIA ZÉLIA – *Bioética e Idoso: Lançando um olhar sobre o Direito de Viver*, in Anais do II Encontro Nacional de Bioética e Biodireito, de 8 a 10 de Outubro de 2009, UFPB - Campus I – João Pessoa-PB, p. 162.

mutuamente respeito, auxílio e assistência, mas, na verdade, muito embora a reforma de 77 tenha procurado, sob a égide do liberalismo, igualar tais deveres, eles serão necessariamente distintos, atendendo à posição que cada um ocupa nessa relação. A similitude de igualdade entre tais relações familiares, enquanto princípio geral, é apenas aparente, em virtude de os deveres entre pais e filhos – especialmente durante a menoridade – não poderem ser graduados da mesma forma.

A este propósito, DUARTE PINHEIRO caracteriza a vida dos deveres familiares do seguinte modo: “os deveres paternofiliais perduram ao longo de toda a relação de filiação, não cessando com a maioridade ou a emancipação do filho. Contudo, a sua projeção não é uniforme. Estão «encobertos» durante a menoridade do filho pelo poder paternal. Evidenciam-se na altura da «segunda adolescência». Perdem intensidade quando o filho sai de casa dos pais para organizar a sua própria vida de um modo independente. E ressurgem, com força, sobretudo ao serviço dos pais, quando estes envelhecem.”¹²⁹.

Na verdade, se temos sérias reservas que as relações entre pais e filhos menores devam obedecer a um critério de mutualidade, o mesmo não se colocará no que respeita às relações entre pais e filhos maiores, efetivando-se aqui a plenitude do referido preceito legal. Com a maioridade, os filhos adquirem, em regra, a autonomia na organização da sua vida, consolidando a sua independência financeira, habitacional e constituindo o seu próprio agregado familiar nuclear. É, portanto, um ciclo diferente na relação filial, altura em que os deveres familiares perdem a “intensidade” referida por DUARTE PINHEIRO. Assim, entendemos que o próprio preenchimento dos deveres paternofamiliares, muito embora permaneça imutável no seu núcleo duro, vai experienciando alterações, reflexivas da própria alteração natural da relação.

Dessa forma, entendemos a existência de deveres mútuos como a afirmação da bilateralidade dessa relação jurídico-familiar, a qual é estabelecida no interesse de pais e filhos, cuja expressão de tais interesses é efetivada em momentos diferentes. Nesta linha

¹²⁹ PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 275.

de pensamento concordamos com DIOGO LEITE CAMPOS quando afirma que “A filiação traduz-se numa progressiva humanização de pais e filhos através de estritas relações de interdependência e comunicação.”¹³⁰.

Na senda do referido, não podemos concordar com o acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22-03-2007, quando entende que *“Nas relações entre maiores, não existe propriamente dever de obediência, sendo esta entendida e praticada como manifestação de urbanidade, boa educação e respeito. O dever recíproco de respeito acima referido reporta-se à consideração devida pela vida, integridade física e moral de cada um dos indivíduos a ele obrigados.”*¹³¹. Concedendo que o dever de respeito nas relações entre maiores não reveste conteúdo igual ao da menoridade, não se lhe reconhecendo o dever de obediência, tal como previsto no artigo 1878º/2, ele não redundará, contudo, no dever geral de respeito que recai sobre todas as pessoas, nas relações sociais de convivência, antes adquire uma maior intensidade e exigibilidade, a qual não se reduz à mera urbanidade ou boa educação.

Importante ainda realçar que este dever apresenta uma natureza residual, como refere o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-11-2009¹³², porquanto só se invocará a sua autonomização quando o ato ou omissão moral e juridicamente censurável não integrar um dos restantes deveres, na medida em que a violação do respeito se subsume na violação de qualquer dos outros deveres. Pelo que, a título exemplificativo, a falta de apoio financeiro ao cônjuge ou ao ascendente necessitado, constituindo um desrespeito pelo familiar, integra uma violação do dever de assistência.

Tais considerações concernentes ao dever de respeito não se apresentam como meras divagações, antes se efetivam no plano jurídico, como critério de determinação da natureza do vínculo existente, quando ao dever de respeito remonte uma natureza residual, dessa forma agravando ou atenuando o juízo de censurabilidade da conduta

¹³⁰ CAMPOS, DIOGO LEITE DE - *Lições de Direito da Família e Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 9724009939, p. 369.

¹³¹ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22-03-2007, disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹³² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-11-2009 disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

assumida. Quando a conduta censurável conduza diretamente a uma violação do dever de respeito, a tal violação deverão corresponder consequências civis ou criminais, em conformidade com a gravidade da conduta e a sua censurabilidade e necessidade de prevenção, geral e especial¹³³.

DEVER DE COOPERAÇÃO

Ao intitularmos este ponto de dever de cooperação não pretendemos meramente referir-nos ao dever que impende sobre os cônjuges, mas às restantes relações familiares sujeitas às obrigações jurídicas familiares, encontrando-se consagrado, no âmbito da relação filial, e em lugar do dever de cooperação, o dever de auxílio. Este último, autonomizado no artigo 1874º, é parte integrante do conceito de cooperação, na aceção dada pelo artigo 1672º, pelo que a ele nos reportamos quando analisamos a obrigação de socorro e auxílio mútuo, um dos desdobramentos do dever de cooperação, a par da assunção das responsabilidades inerentes à vida familiares por ambos os cônjuges.

No que concerne à **obrigação de socorro e auxílio mútuos**, uma primeira distinção de ordem literal cumpre ser feita, reportando-se o socorro às situações de crise, urgentes e anómalas, e os auxílios mútuos às adversidades do quotidiano, como a doença ou as vulnerabilidades decorrentes da velhice¹³⁴. O dever de cooperação traduz ainda a obrigação de zelar pela vida e saúde do familiar, implicando uma postura ativa, de prevenção e proteção face àquele¹³⁵.

A já referida figura do Dever jurídico pessoal de garante é, também ela, manifestação do dever de cooperação a que se encontram tais familiares sujeitos. A este respeito, cumpre

¹³³ Vd. *Infra*, pp. 71 e ss.

¹³⁴ Cf. *Ibidem*, p. 453.

¹³⁵ V.V.A.A. - *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 2, Verbo, 1989, ISBN: 9789722200066, p. 1119.

mencionar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-07-2003¹³⁶, que condena um filho maior, reformado, como autor material de um crime de homicídio qualificado, por comissão omissiva, de sua mãe, de 80 anos e acamada, negando-lhe alimentos por mais de 12 dias e não diligenciando os seus cuidados de saúde e higiene durante longo tempo¹³⁷. Discordamos, no entanto, do referido acórdão quando determina que “Nem se diga que o facto de a vítima possuir mais dois filhos vivendo na mesma localidade neutralizava ou enfraquecia a posição de garante do arguido, uma vez que entre estes e a mãe não existia qualquer relação de proximidade capaz de gerar o dever jurídico de assistência.”. Com efeito, parece-nos que o critério de relação de proximidade existencial do Professor Figueiredo Dias afastará, neste sentido, o dever de garante previsto no artigo 10º/2, não podendo os outros filhos serem responsabilizados por homicídio por comissão omissiva, mas, daí se não deve depreender, só por si, a inexistência de um dever jurídico de assistência, na medida em que tais deveres, de natureza recíproca, como assim faz crer o legislador com o preceito normativo 1874º, não deixam de ser juridicamente exigíveis em razão da inexistência de uma relação de proximidade entre pais e filhos, devendo estes, quando as condições de vida exigem tal afastamento, assegurar aos pais a adequada satisfação das suas necessidades, encontrando alternativas no seio familiar ou no sistema assistencial ou social, por meio de apoio domiciliário, entre outros, ou mesmo a institucionalização. É nesta assistência mútua e desinteressada que assenta a solidariedade familiar, a qual não poderá meramente vigorar durante o tempo em que existir uma relação de proximidade física, sob pena de se caminhar para uma desvirtualização dos vínculos familiares, únicos devido à sua perdurabilidade e estabilidade. De outra forma, os deveres jurídicos existentes entre pais e filhos não seriam mais que meras relações de amizade.

¹³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03-11-2009, disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012

¹³⁷ Como referido no citado acórdão, “A relação de proximidade existencial em que se encontrava com a vítima - de que nos fala Figueiredo Dias -, colocando-a na sua própria e exclusiva dependência, criou no arguido o dever jurídico de protegê-la e assisti-la nas suas necessidades, alimentando-a e prestando-lhe os cuidados de saúde de que a mesma carecia, tornando-se, assim, pessoalmente responsável pela sua vida, sabendo, como sabia, das suas carências e que mais ninguém tinha com ela uma relação de proximidade suscetível de gerar esse mesmo dever de proteção e assistência.”.

Do exposto decorre, portanto, que ainda que não imputa sobre os restantes filhos da vítima idosa o dever de garante, na perspetiva penal do artigo 10º, na medida em que “Tais fontes genéricas, como é de hoje pacificamente aceite, não podem, apenas por si mesmas, ser fonte de um elemento do tipo legal : não podem *ex abrupto* criar, por si, o dever jurídico de garante e gerar um elemento do tipo.”¹³⁸, tais condutas, no mínimo negligentes, relativamente à mãe deverão ser sancionadas civil e penalmente.

Acresce ainda que, aos nossos olhos, perplexamente, entendeu o Juiz-Conselheiro Henriques Gaspar que votou vencido que não se encontra “suficientemente caracterizada a posição, que faz parte do tipo, de garante”, na medida em que não se demonstra que “este possuísse as qualidades e as capacidades pessoais minimamente exigidas para prestar os cuidados de alimentação, tratamento e higiene adequados a evitar o resultado (o concreto resultado, pois apenas esse é relevante na qualificação aceite), ou seja, no caso, a morte.”. Sendo que foi dado como provado que o arguido abandonou a mãe durante doze dias, conhecendo a sua incapacidade física para providenciar a sua alimentação ou qualquer cuidado de higiene, mais se tendo provado que durante longo período de tempo o arguido alimentava a mãe apenas com embalagens de leite achocolatado e sandes, perguntamo-nos, dada a inexistência de uma condição de inimputabilidade do arguido, que conhecimentos serão exigíveis para que se satisfaçam tais necessidades primárias, que não o mero instinto de sobrevivência.

Daqui se retira que a obrigação de cuidado¹³⁹ perante um familiar idoso dependente decorre diretamente do dever de cooperação que os vincula reciprocamente.

Acresce ainda que, desta obrigação de socorro e auxílios mútuos parece decorrer também a obrigação que se impõe ao cônjuge de auxílio no cumprimento dos deveres

¹³⁸ Vd. Voto de vencido do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-07-2003, disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹³⁹ O Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 26-04-2007, esclarece que “Para o homem médio tratar de uma pessoa é cuidar dessa pessoa, nas mais diversas vertentes, tendo sempre em conta as necessidades do visado, nomeadamente, no que ao caso em apreço interessa, por se tratar de pessoa idosa, da lida da casa, da higiene pessoal, da confeção de refeições, da aquisição de bens para esses fins, dos diversos assuntos de gestão corrente do seu património, etc.”, disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

filiais do outro cônjuge¹⁴⁰, ou seja, em relação aos seus afins. Muito embora a **afinidade** não gere tais deveres, parece que este auxílio aos afins, nomeadamente aos sogros do cônjuge, decorre diretamente de um dever perante o seu cônjuge, o qual indiretamente será cumprido junto de terceiros.

Entendemos, no entanto, que tal obrigação se dirige a afins em situação de necessidade por circunstâncias anómalas ou excepcionais ou àqueles que não pertencem ao agregado dos cônjuges, pois, de outro modo, tal obrigação decorreria já não do dever de cooperação, mas antes do dever de assistência, pela obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar, como verificaremos de seguida.

Por sua vez, também reciprocamente sobre pais e filhos e restantes familiares impende esta obrigação de auxílio, a qual se concretiza nos precisos termos da relação conjugal, na medida em que, muito embora se trate de um vínculo familiar distinto, a relação é igualmente imbuída de especialidade, sobre ambos recaindo um intenso dever de auxílio perante os seus familiares. Como tal, não encontramos motivos razoáveis para uma delimitação de tal dever familiar, comparativamente à relação conjugal, muito pelo contrário, dada a relação de especialidade destes vínculos de parentesco, parece-nos coerente que a mesma obrigação impenda sobre estes familiares. Neste dever se fundamenta a obrigação dos filhos cuidarem dos seus ascendentes em situação de necessidade.

Tal obrigação, atendendo à sua natureza complexa, não se ajusta a uma definição mais precisa que a tradução das necessidades de assistência do credor desse direito, delimitada pelas possibilidades do seu devedor, mais ou menos enriquecida e norteadada pela relação concreta entre os familiares.

Por sua vez, a **obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar**, contrariamente à anterior obrigação, apresenta um leque mais vasto de sujeitos ativos ou credores deste dever, repercutindo-se não apenas no cônjuge, mas aproveitando os restantes membros

¹⁴⁰ Cf. PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., 279.

que compõem o agregado, impondo aos cônjuges a assunção em conjunto de tais responsabilidades, de acordo com o princípio da igualdade dos cônjuges, sendo, portanto, uma obrigação exclusiva da sociedade conjugal.

O dever de cooperação apresenta, na sua constituição, uma natureza maioritariamente **imaterial**¹⁴¹, no sentido em que alude a uma dimensão espiritual, afetiva, e menos patrimonial, ainda que também o possa ser, nomeadamente no âmbito da obrigação de socorro, razão pela qual alguns autores rejeitam tal afirmação^{142 143}.

DEVER DE ASSISTÊNCIA

A formulação jurídica do dever de assistência, tal como consagrada no artigo 1675º e 1874º, revela a natureza profundamente patrimonial deste dever, correspondente à obrigação de prestação de alimentos, bem como à obrigação de contribuição para os encargos familiares, pressupondo este último a coabitação dos familiares, pertencentes ao mesmo agregado familiar.

Como todos os deveres familiares, inerente à assistência está subjacente o princípio da solidariedade familiar, o qual encerra em si o pressuposto de que os cuidados com familiares “devem ser assegurados de uma forma natural”¹⁴⁴, dada a sua natureza familiar e afetiva. Por meio do princípio da solidariedade se alcança ainda os limites deste dever, sendo tão amplo quanto as necessidades dos seus familiares, porém delimitado por idênticas razões de solidariedade – as possibilidades de quem presta. Assim, no âmbito

¹⁴¹ NETO, ABÍLIO NETO / MARTINS, HERLANDER - *Código civil anotado, legislação complementar*, 6ª ed., Lisboa, Petrony, 1987, p. 946.

¹⁴² Cf. PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 453.

¹⁴³ JORGE DUARTE PINHEIRO opta por uma distinção de natureza subjetiva, pressupondo a obrigação de socorro e auxílios mútuos a intervenção na esfera do outro cônjuge, em contraposição à segunda obrigação, referente a um “domínio mais genérico da vida da família, tendo como beneficiários, em primeira linha, os parentes dos cônjuges e o coletivo familiar”. Vd. *Ibidem*.

¹⁴⁴ MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 352.

deste lato conceito, cada familiar receberá na medida do que necessita e dará na medida do que pode.

No que respeita à **obrigação legal de alimentos**, cujo regime se encontra estabelecido no título V do Livro IV do Código Civil e cuja definição se reporta a “tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário” (2003º), a ela está ínsita uma situação de necessidade de um familiar, pela insuficiência de meios financeiros indispensáveis à sua subsistência¹⁴⁵ e funda-se, como já em 1852 ensinava COELHO DA ROCHA, no “vínculo da recíproca afeição, que as leis civis têm sancionado, tomando-o por fundamento de direitos e obrigações eficazes entre uns e outros”¹⁴⁶, sendo, portanto, irrelevantes os motivos que motivaram a situação de carência.

Perante tais circunstâncias, a família é a primeira e principal fonte assistencial do idoso, cabendo aos familiares previstos no artigo 2009º o cumprimento desse dever, pela ordem aí indicada, a saber, o cônjuge ou ex-cônjuge, os descendentes, os ascendentes e os irmãos. Deste modo, esta obrigação recai sobre todos os parentes em linha reta, com preferência pelos descendentes (filhos, netos ou bisnetos) sobre os ascendentes, vigorando a regra de preferência de graus de parentesco, consagrada no artigo 2135º, de acordo com a qual dentro de cada classe preferem os parentes de grau mais próximo.

Na linha colateral, apenas os irmãos se prevêm potenciais devedores de tal obrigação. Pese embora entendamos, como tivemos já oportunidade de referir, que também os sobrinhos deveriam estar incluídos neste elenco de sujeitos passivos, pelas razões já expostas¹⁴⁷.

¹⁴⁵ O ordenamento jurídico americano estabelece idêntica obrigação financeira, restrita à relação paterno-filial, por meio das Leis de Responsabilidades filiais, semelhantes aos nossos preceitos normativos, especialmente no que respeita aos princípios de necessidade e proporcionalidade. A lei das responsabilidades parentais cria um dever estatutário dos filhos adultos suportarem os pais impossibilitados de se autossustentarem. Os requisitos legalmente exigíveis variam consoante os Estados, mas o princípio é o de que o estatuto obriga os filhos a pagarem pelas necessidades dos pais, como roupa, alimentação, abrigo, e assistência médica. Para estes efeitos, a indigência do familiar inclui também pessoas com rendimentos limitados e outros meios que não assegurem adequadamente as suas condições básicas, não sendo necessário serem ajudadas pelo Estado. Vd. ROSS, ALLISON E - *Taking care of our caretakers: using filial responsibility law to support the elderly beyond the government's assistance*, in “The Elder Law Journal”, Vol. 16, 2008, p. 169.

¹⁴⁶ ROCHA, M. A. COELHO DA - *Instituições de Direito Civil português*, ob. cit., p. 217.

¹⁴⁷ Vd. *Supra*, p. 53.

A adoção restrita estabelece, no entanto, uma *nuance* relativamente a este elenco subjetivo, determinando o artigo 2000º que o adotado e os seus descendentes são obrigados a alimentos perante o adotante, posicionando-se nesse elenco depois dos ascendentes, mas antes dos parentes na linha colateral. Por sua vez, no caso de ser o adotado o credor de tal obrigação, o adotante precede os pais naturais do adotado, considerando-se ascendente em primeiro grau, unicamente não precedendo o progenitor do adotado com quem esteja casado. Verifica-se, desta forma, que a obrigação legal de alimentos está intimamente ligada à maior proximidade dos vínculos familiares, critério com valoração jurídica.

Para que se verifique uma obrigação de alimentos é necessário o preenchimento cumulativo de dois requisitos, a saber, a necessidade por parte de quem pede e a possibilidade económica por parte de quem está obrigado, expressão do princípio da solidariedade. Assim, concorrem para a determinação do *quantum* da obrigação, o princípio da necessidade do beneficiário, e o princípio da proporcionalidade, não se pretendendo que com tal obrigação se coloque o credor numa situação de dificuldade financeira.¹⁴⁸

No que concerne à necessidade do credor, a insuficiência económica tem que colocar em causa a sua subsistência e não meramente uma diminuição do seu nível de vida. Trata-se, portanto, de situações de efetiva carência financeira. Por outro lado, a existência de bens próprios, móveis ou imóveis, suscetíveis de suprirem tais necessidades, tornarão inexigível a prestação por parte de terceiros, porquanto se entende que o sujeito ativo se deverá encontrar numa situação de necessidade insuperável por si próprio. Neste sentido se estabelece, no artigo 2011º que, tendo o alimentando disposto de bens por doação, suscetíveis de assegurarem os meios necessários à sua subsistência, os familiares não estão obrigados à prestação alimentícia, recaindo esta sobre os donatários, na proporção do que receberam.

¹⁴⁸ Vd. Acórdão do tribunal da relação de Évora, de 22-03-2007 disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

Mas o suprimento destas necessidades do alimentando estará delimitado pelo segundo requisito da verificação da obrigação – a possibilidade do sujeito passivo. Com efeito, é necessário que este demonstre condições financeiras adequadas a esta prestação, não colocando em causa os restantes encargos que eventualmente tenha com a sua vida familiar. Não existindo tais condições, ou verificando-se a sua insuficiência face aos alimentos devidos, subsequentemente se interpelarão os restantes familiares referidos, como dispõe o artigo 2009º/3 e 2013º/2, constituindo a condição económica do devedor o limite da sua responsabilização, como sugere o artigo 2010º/2.

Não é, portanto, uma obrigação solidária, na medida em que, a título exemplificativo, os ascendentes só serão chamados a responder a tal obrigação na impossibilidade da satisfação alimentícia pelos descendentes. Por outro lado, verificando-se uma pluralidade de vinculados, estes responderão “na proporção das suas quotas como herdeiros legítimos do alimentando”. Existe, portanto, uma certa correlação entre o regime legal dos alimentos e o regime sucessório.

Uma outra característica relevante do regime dos alimentos prende-se com a alternativa conferida aos devedores que não disponham de possibilidades financeiras para prestar tal obrigação a título de pensão, de satisfazerem a **prestação “em sua casa e companhia”**. Esta será sempre uma exceção subsidiária ao regime geral, o qual determina a satisfação dos alimentos em prestações pecuniárias mensais (2005º/1), devendo ser tratada com cautela e razoabilidade. Com efeito, uma tal opção poderá ser atentatória da vida privada do alimentado, bem como à do obrigado, na medida em que necessariamente representará uma mudança nos costumes diários de ambos e do agregado familiar, podendo não significar uma solução ideal para nenhum dos sujeitos. Desse modo, tal opção terá necessariamente que ser desejada por ambos e pelos familiares, sendo inviável uma imposição de tal alternativa por terceiros, nomeadamente pelo tribunal, o que poderia resultar na diminuição da qualidade de vida do alimentando, inibido da sua autonomia e organização de vida ou, num pior cenário, potenciaria a ocorrência de maus-tratos, nomeadamente psicológicos, porquanto o alimentando seria tido como um

encargo imposto aos seus familiares. Não é isto que se pretende. Assim, ainda que o obrigado demonstre vontade no acolhimento na sua residência do alimentando, deverá permitir-se que este último decida livremente, sem qualquer tipo de coação, devendo a sua posição ser sempre respeitada. Não concordamos, portanto, com o entendimento defendido por REMÉDIO MARQUES¹⁴⁹ quando afirma que o decretamento desta alternativa pode ser unilateralmente fixado pelo juiz, em razão das eventuais nefastas consequências que tal acarretaria para ambas as partes, posição incompatível com a função do Juiz, que, na sua função de mediador e apaziguador, deverá prever futuros conflitos e acautelá-los.

De caráter subsidiário, verificando-se a impossibilidade material de os familiares proverem à satisfação das necessidades do alimentando, incumbirá ao Estado assumir as incumbências a que se encontra adstrito, nomeadamente pelo artigo 72º da CRP, as quais correspondem a verdadeiros direitos a prestações, dessa forma assegurando a segurança económica e habitacional dos seus cidadãos mais vulneráveis, ainda que subsidiariamente à obrigação familiar, na sua vertente não contributiva. Neste sentido, a comissão de Juristas propôs a criação de um **Fundo de Garantia**, “destinado a apoiar quem carece e tem direito a pensão de alimentos mas não consegue exercer esse direito, ficando o Fundo subrogado nos direitos daquele (...) com vista à garantia do respetivo reembolso”¹⁵⁰. Para o acionamento do Fundo seria, portanto, necessário que, à semelhança do previsto na Lei nº 75/98, de 19 de novembro, que regula o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores, se verificasse o reconhecimento do direito à prestação de alimentos e, por outro lado, a sua impossibilidade de receber tais prestação, nomeadamente por insuficiência económica dos obrigados.

Por se tratar de um ação subsidiária à prestação familiar, entendemos sensato, na senda de muitos autores¹⁵¹, aceitar que o Estado tem direito de reembolso sobre os encargos assumidos, os quais poderão ser exigidos aos familiares obrigados a alimentos. A

¹⁴⁹ Cf. MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 359.

¹⁵⁰ V.V.A.A. - *Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica*, ob. cit., p. 64.

¹⁵¹ Cf. MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 370.

prestação estadual conferida deverá, portanto, ser entendida como uma antecipação dos alimentos prestados pelos familiares, por meio do direito de sub-rogação¹⁵².

Um segundo desdobramento do dever assistência reside na **obrigação de contribuir para os encargos da vida familiar**, oponível à relação conjugal, nos termos do artigo 1675º e 1676º, mas também à relação paternofilial e às restantes relações familiares, ao abrigo do artigo 1874º/2, reprodução do primeiro preceito normativo, do qual se retém que os encargos da vida familiar, sendo uma obrigação assumida perante o cônjuge, não respeitam apenas àquele, mas antes se estendem aos elementos que compõem a vida familiar, designadamente os filhos e os familiares a cargo dos cônjuges. No entanto, a contribuição para os encargos da vida familiar apresenta-se como um dever mútuo, na medida em que obriga ambos os sujeitos da relação. Porém, ao contrário dos restantes deveres, deverá ser cumprido proporcionalmente às possibilidades de cada um. E tão pouco exige o legislador o carácter pecuniário desta obrigação, porquanto estabelece poder ser este cumprido pela “afetação dos recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos”, reconhecendo, desta forma, o valor social e familiar do trabalho doméstico, equiparando-o, na sua valorização, ao trabalho assalariado, dessa forma espelhando o familialismo presente na nossa cultura social e familiar e a relevante rede de interdependências entre familiares, realçando o papel fundamental dos familiares idosos no quotidiano dos seus familiares, por meio do seu apoio doméstico e de educação com menores.

Um outro aspeto relevante prende-se com o modo como são percecionados os encargos decorrentes desse fluido de solidariedade, os quais não são tidos como danos causados aos prestadores, mas, se assim se queira entender, como “incómodos ou sacrifícios” inerentes à própria natureza de tais relações. Assim entendeu, e bem, o Supremo Tribunal de Justiça quando, no acórdão de 12-07-2007¹⁵³, considerou tais prejuízos não indemnizáveis a título de danos de natureza não patrimonial próprio dos descendentes,

¹⁵² Cf. V.V.A.A. - Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica, *ob. cit.*, p. 61.

¹⁵³ Vd. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-07-2007. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

não existindo despesas diretamente relacionadas com o indemnizado (despesas médicas ou outras)¹⁵⁴. Não podemos, todavia, partilhar do consequente entendimento do julgador, quando considere tais “incómodos” como se danos relativos aos familiares se tratassem, determinando que a obrigação do ascendente assistido de contribuir para tais encargos, de forma a “ressarcir o filho e nora de despesas do dia-a-dia não facilmente contabilizáveis, propiciando um amortecimento de incómodos que causa”. Os encargos familiares não poderão ser perspetivados dessa forma, uma vez que se reportam a relações de afeto mútuo, não devendo existir uma conotação de ressarcimento ou de compensação pela assistência concebida. Tal não implica a desobrigação do assistido de contribuir para os encargos familiares, mas tal contribuição será determinada no âmbito das suas possibilidades, como contribuição para um projeto e coexistência comum, devendo ser aplicados os normativos sociais e jurídicos idênticos a qualquer outro familiar que integre o agregado, e não em razão de uma compensação pelos cuidados a si prestados, contendo em si a representação do ascendente assistido no seio familiar como um peso para a restante família.

¹⁵⁴ No citado acórdão em causa estava o montante indemnizatório decorrente de um acidente rodoviário, o qual vitimizou um senhor de 80 anos, obrigando-o a ser assistido diariamente por terceira pessoa, alterando o seu estilo de vida ativo e independente. Em virtude de tal acidente, o senhor passou a residir com o filho e a nora, sendo esta a sua principal cuidadora. Como tal, o senhor contribuía para tais encargos familiares com uma prestação pecuniária de 600€, entendendo que a indemnização deveria refletir tal valor. Por sua vez, o STJ considerou que tal representaria um “enriquecimento injustificado relativamente ao estritamente necessário a reparar (na medida do possível) as sequelas do acidente.”, pelo que condicionada pelo valor necessário à assistência por terceira pessoa, familiar ou não. Vd. *Ibidem*.

VIOLAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS LEGAIS

Apontámos os principais deveres que sobre os familiares de pessoas idosas impendem, os quais se concretizam, por sua vez, numa multiplicidade de outros deveres em cada um deles inserto. Mas o que sucede quando tais deveres não são cumpridos? Geram tais violações algum tipo de responsabilidade? Existem causas justificativas da cessação dos deveres familiares? Devem as relações conflituosas graves entre familiares permitir o rompimento dos deveres familiares?

Por princípio todos os deveres familiares são gerais, universais, inalienáveis e irrenunciáveis, porquanto correspondem a direitos e deveres pessoais, no âmbito de relações profundamente cunhadas pela afetividade e reciprocidade moral. Dessa forma, a lei reconhece a relevância jurídica dessas posições, consagrando-as como preceitos normativos e conferindo-lhes força vinculativa, pelo que, muito embora o conteúdo desses deveres seja, na sua maioria, conformado pelos seus agentes, de acordo com a relação entre eles existente, eles apresentam-se como obrigações imperativas, cujo conteúdo mínimo é determinado pelo legislador, atendendo aos costumes e convenções sociais, o que fundamenta a natureza irrenunciável de tais obrigações. Tal característica reflete a estrutura específica dos direitos pessoais familiares enquanto **direitos-deveres**, reciprocamente atribuídos a ambos os titulares¹⁵⁵.

Estes deveres traduzem, portanto, verdadeiros direitos jurídicos e não apenas meros poderes de pretensão, implicando a sua violação consequências civis e penais¹⁵⁶, dessa forma se garantindo a sua plena efetivação. Destarte, dois tipos de responsabilidade

¹⁵⁵ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Direito da família*, ob. cit., p. 53.

¹⁵⁶ CERDEIRA, ÂNGELA CRISTINA DA SILVA - *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, s.l., Coimbra Editora, 2000, ISBN 9789723209709, p. 95.

poderão advir da violação de tais direitos: responsabilidade civil e responsabilidade criminal. Como desenvolveremos adiante¹⁵⁷, a responsabilidade criminal traduz-se numa reação à ofensa de fundamentais interesses da própria sociedade, encontrando-se ínsito, nas palavras de GALVÃO TELLES “um objetivo de defesa social”¹⁵⁸. Por sua vez, como é sabido, a **responsabilidade civil** visa restituir à pessoa lesada os seus interesses ofendidos, fazendo uso da restituição específica, quando possível, ou por equivalente, por meio da obrigação de indemnização. Porém, a doutrina dividia-se quanto à sua aplicação no âmbito das relações familiares, mormente nas relações conjugais, entendendo alguns autores¹⁵⁹ que, atenta a natureza e a especificidade do vínculo obrigacional, não há lugar a uma obrigação de indemnizar, sendo que, nesse caso, se produziriam outro tipo de efeitos da infração, como o divórcio ou a separação nas relações conjugais, ou a inibição do poder paternal, na relação paternofilial. De tal conceção jurídica decorre a teoria da fragilidade da garantia, de acordo com a qual não existe uma verdadeira sanção em caso de incumprimento dos deveres familiares¹⁶⁰, ocasionando, no limite, uma “sanção imperfeita”¹⁶¹, na medida em que os efeitos supra referidos mais não são que “remédios” para situações de vidas familiares enfermas, não podendo ser perspetivados como sanções¹⁶².

Na senda do que vinha sendo defendido por outros autores¹⁶³, realçando a incongruência da manutenção da fragilidade da garantia extinto o vínculo familiar, consagrou o legislador, na Lei de nº 61/2008, de 31 de outubro, a possibilidade de aplicação das regras gerais da responsabilidade civil às relações conjugais, verificada a situação de rutura do

¹⁵⁷ Vd. *Infra*, p. 85.

¹⁵⁸ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, ISBN 972-32-0771-0, p. 209.

¹⁵⁹ A este respeito, vd. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Das obrigações em geral*, ob. cit., pp. 199 e ss.; VERÍSSIMO, PIRES – *Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, nº 8, 1948, pp. 255 e ss.; COSTA, COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *DIREITO DAS OBRIGAÇÕES*, 9ª. Ed., COIMBRA, ALMEDINA, 2006, Depósito Legal 171839/01, p.108.

¹⁶⁰ Cf. COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 155.

¹⁶¹ Cf. COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 108.

¹⁶² Cf. COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 155 e *Ibidem*.

¹⁶³ Entre eles, vd. CERDEIRA, ÂNGELA CRISTINA DA SILVA - *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, ob. cit., pp. 91 e ss.; COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 156; COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 9ª. Ed., COIMBRA, ALMEDINA, 2006, Depósito Legal 171839/01, p. 108; DIAS, CRISTINA MANUELA ARAÚJO - *Responsabilidade Civil dos Direitos Familiares Conjugais (Pessoais e Patrimoniais)*, in “Scientia Iuridica”, T. 49, n. 286/288, Braga, Livraria Cruz, 2000, pp. 358 e ss.

vínculo, em razão da violação de deveres familiares, nos termos do artigo 1792º do Código Civil. De tal solução parece resultar o fim da doutrina da fragilidade da garantia¹⁶⁴, diríamos, no âmbito das relações conjugais.

Porém, se a violação dos deveres conjugais possibilita o recurso, pelo cônjuge lesado, à responsabilidade civil, a violação dos deveres relativamente aos restantes familiares não se afigura tão líquida, não sendo sequer debatida doutrinariamente. Com efeito, a rutura do vínculo biológico não se revela tão facilitado como nas relações conjugais, o que se percebe, face à, passemos a redundância, natural natureza desses vínculos. Assim, pais e filhos, irmãos, sobrinhos e tios não deixam de estar vinculados, ainda que as relações afetivas entre eles não sejam as mais adequadas ou, num cenário mais radical, ainda que socialmente não mantenham qualquer convivência familiar, qualquer que seja o motivo que compeliu essa rutura, assim se refletindo a relevância jurídica dos vínculos biológicos.

Com efeito, no Direito da Família assiste-se a um retraimento do legislador e da intromissão judicial perante as relações familiares, permitindo a autorregulamentação das famílias, reflexo do caráter privado e intimista destes direitos¹⁶⁵. Uma ingerência coerciva com tal caráter indemnizatório não se afiguraria, portanto, adequada à preservação da paz e harmonia familiar¹⁶⁶, dos valores fundamentais que compõem a comunidade familiar, de natureza moral e jurídica¹⁶⁷.

Tal impossibilidade jurídica parece ter sido reconhecida também pelo legislador ao alargar a responsabilidade civil à relação conjugal, apenas aquando da verificação da rutura do vínculo, não permitindo idêntica ação durante a vida conjugal. Verifica-se patente, portanto, nas relações familiares, a tradicional doutrina da fragilidade da garantia, impedindo que, ainda que se verifiquem os pressupostos da responsabilidade

¹⁶⁴ Cf. HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, in “*E foram felizes para sempre: uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*”, coord: SOTTOMAYOR, MARIA CLARA / ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE, Atas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp.108 e 109.

¹⁶⁵ DIAS, CRISTINA MANUELA ARAÚJO – *Responsabilidade Civil dos Direitos Familiares Conjugais (Pessoais e Patrimoniais)*, ob. cit., p. 371.

¹⁶⁶ Cf. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das obrigações em geral*, ob. cit., pp. 199 e ss.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

civil, a mesma não possa ser acionada, em razão dos vínculos familiares que unem credor e devedor.

Assim, o Direito não pode forçar qualquer das partes a modificarem os comportamentos censuráveis no âmbito das relações afetivas, tão só porque o Direito não intervém, nem pode intervir na dimensão afetiva das relações sociais, pelo que se afigura de delicada a aplicação de sanções no âmbito das relações familiares. Contudo, entendemos que o Direito não pode, sem mais, olvidar a sua vertente coerciva, sob pena de dilacerar a efetivação dos direitos juridicamente tutelados. Não podemos, portanto, concordar, salvo o devido respeito, com DIOGO LEITE CAMPOS quando afirma que “Não se [deverá reduzir] o direito à força, mas sim, e nas relações pessoais, à ética e a interesses sociais não imponíveis do exterior. É preciso, nesta matéria [das relações familiares], separar o Direito da coercibilidade”¹⁶⁸. Reconhecemos a pertinência do juízo, entendendo, contudo, que, como ensinava o Professor BATISTA MACHADO, “A vigência efetiva do Direito, numa sociedade de homens imperfeitos, requer a coercibilidade, isto é, a ameaça de uma sanção efetiva. Requer, pois, que estejam predispostas sanções e instituídos os meios da sua efetiva aplicação àqueles que violem as normas”¹⁶⁹, pelo que uma separação de Direito e coercibilidade esvaziará, por completo, a função do Direito no foro familiar, reduzindo-o à mera quirografia de “princípios morais pré-existent”¹⁷⁰.

Nesse sentido, refere ANTUNES VARELA que “há no domínio das relações familiares certos institutos, como o dever de assistência e a obrigação de alimentos, que tornam dispensável o recurso a medidas que, pela sua expressão material e egoísta, colidem com as exigências morais dos altos valores em jogo (...)”¹⁷¹. Relevante se afigura, contudo, avaliar da reação jurídica ao incumprimento desses institutos, de forma a garantir, ainda que presente a fragilidade da garantia, o mínimo de efetivação desses correspondentes

¹⁶⁸ CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *As relações de Associação – O Direito sem Direitos*, Almedina, 2011, ISBN 9789724043852, p. 61.

¹⁶⁹ MACHADO, JOÃO Batista – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, ob. cit., p.36.

¹⁷⁰ VERÍSSIMO, PIRES – *Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil*, ob. cit., p.254.

¹⁷¹ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Das obrigações em geral*, ob. cit., p. 200. Neste mesmo sentido, Vd. VERÍSSIMO, PIRES – *Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 8, p. 255.

direitos, ainda que daí resultando outros efeitos que não uma consequência pecuniária compensatória ou indemnizatória.

Assim, como forma de acautelar certos direitos familiares, a lei recorre principalmente ao **direito sucessório**, nomeadamente através das figuras da deserdação e da indignidade¹⁷². A primeira resulta da vontade expressa do *de cujus*, a segunda é estabelecida *ex-lege*, em virtude da intensa censurabilidade social e jurídica implícita a condutas atentatórias contra a vida e honra do autor da sucessão e dos seus familiares mais próximos, pelo que se exige a efetiva condenação do indigno. Por sua vez, de entre as várias causas aglutinadoras previstas no artigo 2166º legitimadoras da deserdação, ressalta a alínea c) desse artigo ao estabelecer como causa justificativa a recusa do herdeiro legitimário¹⁷³, sem justa causa, à prestação de alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge, desde que essa obrigação de alimentos se encontre pré-fixada juridicamente ou por meio de convenção, antes da outorga do testamento, como decorre dos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-02-2008, e do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29-10-1991¹⁷⁴.

Para além do papel sucessório na imposição do cumprimento dos deveres familiares, o legislador lançou mão da **ação executiva** de forma a garantir maior proteção a estes direitos, por meio do processo de execução especial por alimentos, consagrado nos artigos 1118º e ss. do CPC. No entanto, tais repercussões executivas serão invocáveis apenas quando estejam em causa prestações pecuniárias mensais e já não quando tenha sido fixada a prestação alternativa em casa e na companhia do obrigado, como aliás resulta do conteúdo normativo desses preceitos, os quais se restringem a prestações pecuniárias. No entanto, não sendo cumprida a obrigação alternativa, mantendo-se a pessoa idosa em idênticas condições de necessidade, entendemos que deverá aquela ser

¹⁷² Sobre a distinção as figuras da deserdação e da indignidade e os correspondentes regimes, vd. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE - *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed., s.l., Coimbra editora, 2000, ISBN 9789723209686, pp. 294 e ss.

¹⁷³ Nos termos do artigo 2157º, “são herdeiros legitimários o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima”.

¹⁷⁴ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-02-2008, e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29-10-1991. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

substituída por prestação pecuniária, porquanto o regime aplicável à execução para prestação de facto, nos termos em que se encontra pensado, não se vislumbra consentâneo com a natureza obrigacional em causa.

Contudo, como verificámos, a sanção, enquanto mecanismo utilizado pelo direito por forma a garantir o respeito por direitos de terceiros, poderá, nos deveres familiares pessoais, não se afigurar como o mecanismo ideal, atenta a natureza das relações familiares, pelo que, mesmo as próprias consequências legais do incumprimento que acabámos de enunciar, não constituem tão só formas de coação, mas especialmente de dissuasão do incumprimento, com maior exceção para o processo executivo. Dessa forma se prevê a responsabilidade penal dos familiares no caso de violação da obrigação de alimentos, como previsto no artigo 250º do Código Penal, atentos os valores em causa.

Assim, no âmbito das relações familiares, dada a especificidade do papel do Direito na sua regulação, pretende-se uma atuação mais positiva por parte do legislador, através da criação de meios que promovam e reconheçam o valor do cumprimento dos deveres familiares para com pessoas idosas, nomeadamente pela atribuição de benefícios fiscais, sociais e culturais, no âmbito da política de terceira idade e de proteção à família, obrigação constitucional do Estado.

Porém, quando uma das partes invoca a intervenção do Direito no âmbito de uma relação familiar, nomeadamente solicitando a imposição de deveres de outros familiares, como seja o dever de assistência ou de auxílio, parece-nos congruente que o Direito que impõe tais deveres seja também sensível a excecionais **causas de cessação** dessas obrigações. O Código Civil segue esta linha de pensamento, nomeadamente na formulação prevista no artigo 2013º, quando determina como uma das causas de cessação da obrigação alimentar a violação grave dos deveres do credor para com o obrigado. Na versão primitiva do Código, previa-se como fundamentos de cessação os mesmos que legitimavam a deserdação, correspondendo às atuais alíneas *a)* e *b)* do artigo 2166º¹⁷⁵. A

¹⁷⁵ Artigo 2166º- “1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências: a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime

atual formulação foi incluída com a reforma de 77, dessa forma pretendendo alargar o âmbito das causas de cessação para além da prevista no artigo 2166º¹⁷⁶, conferindo ao julgador a discricionariedade de interpretar, casuisticamente, o conteúdo dos deveres para com o obrigado, concretizando a gravidade da sua violação¹⁷⁷. Refere o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-11-2006 que “A análise, mais alargada e mais subjetiva, do juiz para verificação das condições de cessação dessa obrigação saiu, claramente, do campo dos efeitos (acessórios) das decisões penais para, agora, se colocar no quadro da avaliação ética (subjetiva) de comportamentos.”¹⁷⁸. Deste modo, como alude também o referido acórdão, a violação grave de um dever para com o obrigado não será analisado apenas pelo seu desvalor penal, mas à luz do dever ético que sobre este recaía, não sendo, portanto, a cessação de obrigação de alimentos uma consequência acessória da deserdação, devendo a interpretação da violação desses deveres ser analisada de acordo com “as circunstâncias da vida familiar atual”.

Esta premissa encerra em si o já propalado caráter bilateral das relações familiares, enquanto espaço de partilhas e de conquistas, numa linguagem de reciprocidade entre os seus membros, em que “qualquer dos sujeitos é potencial credor e devedor”¹⁷⁹. Neste sentido se deverá entender esta causa de cessação da prestação alimentícia, porquanto sobre o alimentando, no âmbito da relação familiar, recaem também outros deveres, como o respeito ou o auxílio. Assim, o alimentando que viole gravemente tais obrigações

doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão; b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas”.

¹⁷⁶ Como esclarece o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-11-2006, com tal solução pretendeu o legislador “abandonar os efeitos taxativos diretos de uma condenação penal - por remessa para o normativo contido na alínea a) do nº 1 do artigo 2166º (deserdação) - para introduzir uma ideia mais vasta e genérica de violação grave e genérica dos deveres (éticos) para com o obrigado”. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹⁷⁷ Vd. Acórdão do tribunal da relação de Évora, de 22-03-2007, onde se entendeu que, muito embora pai e filha maior tivessem violado reciprocamente o dever de respeito que sobre ambos recaía, em razão da animosidade gerada com o divórcio do pai e da mãe da progenitora, não comunicando desde então, a imatura idade da filha, na altura menor, bem como a tensão em tais acontecimentos conhecida, justificaram a consideração de que tal violação não revestia o caráter de gravidade exigido, tanto que a filha vem tentado reaproximar-se do progenitor. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-11-2006. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹⁷⁹ MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 352.

perante o obrigado enfraquece o laço familiar que os vincula, deixando de ser merecedor da solidariedade familiar a si prestada.

Mas sob que assenta a violação grave de tais deveres no âmbito das relações familiares? Qual o pressuposto comum à violação desses deveres? Parece-nos que as respostas a tais perguntas se encontrarão no âmbito da **valorização jurídica dos afetos**, determinando o conteúdo e a delimitação de tais deveres.

De forma mais ou menos expressiva, a lei foi consagrando o “direito dos afetos”, tal como apelidado pela doutrina brasileira, constituindo a adoção o seu expoente máximo¹⁸⁰.

A doutrina brasileira entende a construção e o desenvolvimento do direito dos afetos como parte integrante do crescente movimento da Repersonalização das relações familiares, por meio do qual se centra o Direito mais na pessoa e menos no património, enquanto manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito embora seja uma temática desenvolvida maioritariamente pela doutrina brasileira, facilmente se reconhece a sua aplicabilidade no nosso ordenamento jurídico. Com efeito, um relance superficial sobre o Código Civil permite perceber o seu cunho marcadamente patrimonial, no âmbito do Direito da Família¹⁸¹. O desafio inerente a esta revolução na mentalidade jurídica detém-se, portanto, na centralização do Direito na pessoa humana, perspetivando cada relação familiar como única, a qual se modela internamente, de acordo com os vínculos afetivos criados entre os familiares.

¹⁸⁰ Com efeito, a adoção baseia-se não em vínculos biológicos, mas numa relação afetiva entre duas pessoas, à qual a lei concede os mesmos efeitos que a filiação natural. Trata-se, portanto, de um “parentesco legal”. Vd. COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 262. Um outro exemplo sintomático desta mudança de atitude legislativa encontra-se retratado na criação de medidas de proteção à União de Facto que, não sendo reconhecida como fonte de relação familiar, é reconhecido o seu crescente peso social e a sua condição análoga à dos cônjuges. Tal relação não se funda senão em vínculos de afetividade entre duas pessoas, juridicamente valorados. No entanto, a lei não a reconhece como relação familiar, apelidando-a a doutrina de relação parafamiliar. No âmbito desta relação parafamiliar, a sua relevância jurídica depende da expressa consagração de alguma proteção concedida a certos direitos, designadamente alimentícios (2020º) e relativos à casa de morada de família¹⁸⁰. Vd. Lei 7/20001, de 11 de Maio.

¹⁸¹ Das várias manifestações deste fenómeno, destacamos a imposição do regime de separação de bens para casamentos celebrados por quem tenha completado 60 anos, nos termos do artigo 1720º; a consideração da interdição ou inabilitação por anomalia psíquica como impedimento dirimente absoluto ou a inexistência de qualquer figura legal intermédia entre a inabilitação e a tutela, porquanto tal regime foi perspetivado em função do património do incapaz, merecedor de tutela, e menor da sua pessoa e autonomia.

Também o direito à convivência, constitucionalmente consagrado, encerra em si a premissa da afetividade, reconhecendo o legislador, por essa via, a relevância da vertente afetiva na consideração global do conceito de família. Desse modo, podemos entender que também esse direito à afetividade encontra assento constitucional, se bem que de forma implícita.

Não concordamos, como alguma doutrina afirma, com a máxima de que os vínculos afetivos se deverão sobrepor, sem mais, aos vínculos biológicos, na medida em que entendemos que faz parte da função do Direito a preservação dos elementos fundamentais e tradicionais das relações familiares, especialmente em tempos de mudança do paradigma familiar, como atualmente vivenciamos. Porém, como GUILHERME DE OLIVEIRA, aquiescemos que se verifica atualmente uma concorrência ao critério de vinculação entre os critérios do vínculo de consanguinidade e o vínculo dos afetos, num aparente, ou não, confronto entre o fundamento “biologista” e afetivo¹⁸².

Tal sobreposição ou prevalência, a acontecer, deverá ser analisada casuisticamente, atendendo à contextualização social e familiar, não olvidando, contudo, os basilares princípios fundamentais que erguem a instituição familiar. Reconhecemos o valor jurídico dos afetos, especialmente do afeto familiar¹⁸³, percecionando-o como critério positivo, mas especialmente negativo. Passamos a explicar.

Num sentido positivo, os afetos deverão estar presentes nas relações familiares. As partes deverão zelar pela sua criação, maturação e manutenção ao longo de todo um percurso comum. Parece-nos que o legislador parte desta premissa positiva, admitindo, em regra, que tais afetos efetivamente existem, o que se comprova pelo desmoronamento do mito outrora existente de que a revolução industrial teria ditado o fim da solidariedade

¹⁸² OLIVEIRA, GUILHERME DE - *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 5, nº 10, 2008, pp. 8 e 12.

¹⁸³ SÉRGIO RESENDE DE BARROS caracteriza este tipo de afeto como “um afeto que enlaça e comunica as pessoas, mesmo quando estejam distantes no tempo e no espaço, por uma solidariedade íntima e fundamental de suas vidas – de vivência, de convivência e sobrevivência – quanto aos fins e meios de existência, subsistência e persistência de cada um e do todo que formam”. Vd. BARROS, SÉRGIO RESENDE DE - *A ideologia do Afeto*, in “Revista brasileira de Direito de Família”, p. 9, apud PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA - *Princípios Fundamentais norteadores do Direito da Família*, s.l., Editora Del Rey, 2005, ISBN 8573088524, p. 180.

familiar, a qual é, primariamente moral e reflexa das relações afetivas existentes entre familiares.

Situação distinta se contempla no sentido negativo do direito dos afetos. Não se confunda, no entanto, a inexistência de uma dimensão afetiva entre familiares com o seu sentido negativo. Com efeito, a primeira circunstância não dita, de modo algum, a ingerência do Direito no seio familiar. Ou seja, ainda que tais vínculos sejam inexistentes e, portanto, como que neutralizem essa condição positiva, o Direito tem a obrigação de não intervir, porquanto nos encontramos no âmbito de relações pessoais, com uma ampla discricionariedade e autonomia na sua conformação. Neste sentido afirmamos que o Direito não regula afetos, na medida em que não pode forçar dois familiares a relacionarem-se, muito embora o vínculo biológico entre eles se mantenha e continue a ser plenamente reconhecido pelo Direito.

No entanto, o direito dos afetos servirá para delimitar os deveres familiares decorrentes de tais vínculos biológicos, constituindo um seu pressuposto. Assim, perante uma concreta relação familiar em que os sujeitos não concordam com a exigibilidade ou a amplitude dos deveres em causa exigidos, será necessário equacionar, entre outros pressupostos, a dimensão afetiva da relação, suas causas, para além da autorregulamentação de cada família. Ou seja, se a inexistência de relação afetiva entre eles é de tal forma profunda e grave que causa na pessoa comum um sentimento de inexigibilidade moral, atendendo às circunstâncias concretas, então também ela será judicialmente inexigível ou menos exigível, pese embora o vínculo se mantenha inalterado, não sendo, no entanto, eficaz no que respeita aos seus efeitos, total ou parcialmente.

Refere BERENICE DIAS que “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”¹⁸⁴. É essa convivência familiar, criada e desenvolvida diariamente e durante toda a vida dos familiares que

¹⁸⁴ DIAS, MARIA BERENICE - *Manual de Direito das Famílias*, ob. cit., p. 67.

enformarão os concretos deveres que sobre os familiares recaem. É, portanto, necessário aferir aquilo que o autor PAULO LUIZ NETTO LÔBO¹⁸⁵ designa por “estrutura psíquica” da família, súmula de todos os elementos integrantes do conceito de família, nomeadamente o seu reconhecimento pela sociedade e pelo Direito, através do vínculo familiar; a estabilidade, reconduzida à comunhão de vida entre os familiares, em oposição às relações passageiras¹⁸⁶, e a afetividade a que nos temos vindo a referir. É o resultado negativo desta estrutura psíquica que determinará a inexigibilidade do dever familiar. Assim, circunstâncias de violação grave dos deveres familiares poderão consubstanciar causas limitadoras dos deveres familiares recíprocos. A determinação dessas restrições terá obviamente que ser feita pelo Tribunal, de forma a acautelar os interesses de todas as partes, ajuizando casuisticamente.

A este respeito, de realçar ainda que, no âmbito das referidas leis de responsabilidade filial, vigentes no ordenamento jurídico americano, se encontra prevista a cessação da obrigação de assistência financeira quando o filho tenha sido abandonado, existindo pressupostos para essa verificação. Todavia, como salienta ALLISON ROSS¹⁸⁷, o abandono pode revelar-se difícil de provar, podendo ainda o progenitor idoso alegar motivo fundamentado para tal abandono. A autora dá o exemplo do ascendente que entregou o seu descendente à guarda do Estado, temporariamente, pretendendo posteriormente recuperá-lo, quando tivesse possibilidades financeiras para o sustenta. Por outro lado, verifica-se ainda a possibilidade de o tribunal reduzir o montante solicitado pelo ascendente necessitado quando se verifique que o ascendente não tem uma obrigação moral de assistência, em virtude dos antecedentes comportamentais do ascendente em relação ao descendente. Neste sentido caminha a decisão fixada no processo Gierkont Vs.

¹⁸⁵ LÔBO, PAULO LUIZ NETTO - *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*, in PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA (coord.) Anais do III congresso brasileiro de direito da família, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 91, apud PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA - *Princípios Fundamentais norteadores do Direito da Família*, p. 181.

¹⁸⁶ A propósito da estabilidade das relações familiares, numa perspetiva comparativa, o Professor ANTUNES VARELA distingue precisamente os deveres familiares das obrigações em geral, nomeadamente pelo critério duradouro inerente àqueles, envolvendo a personalidade da pessoa, em contraste com aquelas últimas, as quais deixam “incólume a personalidade do devedor”, VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Das Obrigações*, Vol. I., *ob. cit.*, p. 200.

¹⁸⁷ Cf. ROSS, ALLISON E - *Taking care of our caretakers*, *ob. cit.*, p. 170.

Gierkont, no qual o tribunal determinou que, em virtude de o ascendente ter abandonado o descendente durante a infância, mas entretanto ter voltado, o descendente seria responsável para com o pai, pela quantia proporcional ao tempo em que o pai esteve presente na vida do filho¹⁸⁸. Assim, no âmbito das Leis de responsabilidade filial vigentes no ordenamento jurídico americano, encontra-se prevista a cessação, no caso parcial, da obrigação de assistência financeira quando o filho tenha sido abandonado, existindo pressupostos para essa verificação. Por outro lado, aí se verifica manifesta a aplicação, de uma forma absoluta e incoerente face aos valores em causa, do critério da reciprocidade na referida decisão. Nas leis de responsabilidade filial americanas, prevê-se ainda a possibilidade do tribunal reduzir o montante solicitado pelo ascendente necessitado quando se verifique que o ascendente não tem uma obrigação moral de assistência, em virtude dos antecedentes comportamentais do ascendente em relação ao descendente. Parece existir a aplicação de uma reciprocidade absoluta, difícil de compreender no âmbito das relações familiares.

De forma a balizar funcionalmente tais deveres, o ordenamento português consagra o instituto do abuso de direito¹⁸⁹, de extrema relevância na análise e consideração de problemas como o supra referido, previsto nos artigos 334º do Código Civil. Tal instituto, no âmbito do Direito da Família, encontra-se diretamente relacionado com a peculiar conceção dos deveres familiares como poderes-deveres, os quais deverão ser exercidos de acordo com a exigência da função a que respeita¹⁹⁰, estabelecendo tal função os limites mínimos e máximos desse exercício. Nesse sentido, esclarece o Prof. HÖRSTER que este instituto “representa o controlo institucional da ordem jurídica quanto ao exercício dos direitos subjetivos privados, garantindo a autenticidade das suas funções”¹⁹¹,

¹⁸⁸ Cf. *Ibidem*, p. 171.

¹⁸⁹ A respeito do Instituto do Abuso de Direito, vd. HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 280 e ss.; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª. Ed., Coimbra, 2010, ISBN 978-972-40-4360-9, pp. 265 e ss.

¹⁹⁰ Cf. COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE – *Curso de Direito da Família*, ob. cit., p. 154; COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 107.

¹⁹¹ HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, DL 61927/92ª, p. 281.

atendendo especialmente à discricionabilidade normativa existente na regulação do exercício dessas funções, por meio do já indicado *princípio da autorregulamentação das famílias*. Um aspeto a assinalar prende-se com a desnecessidade de consciência por parte de quem age em abuso de direito, bastando, objetivamente, a verificação do seu exercício ilegítimo, contrário, designadamente aos bons costumes, pela inconformidade com regras da moral social, “regras de comportamento sexual e familiar que, por tradição, não são explicitadas pelo Direito civil, mas que este reconhece como próprias”¹⁹².

Entre nós, é ainda inexistente uma **prática jurisdicional** sobre esta temática, atendendo à quase inexistência de ações de alimentos de maiores ou outras intentadas contra familiares, com exceção dos cônjuges em situação de divórcio. Tal circunstância tem diversas origens, todas elas de ordem moral e cultural, decorrentes de sentimentos de vergonha e humilhação por parte dos maiores necessitados que rejeitam a ideia de exigir judicialmente dos seus familiares, nomeadamente os descendentes, qualquer tipo de prestação, vendo-se, de alguma forma, diminuídos no seu orgulho e na sua autonomia em razão da inversão de papéis assistenciais. Por outro lado, tal exigência judicial é ainda perspectivada com estranheza, adversa ao peso da tradição, crescendo no espírito dos idosos necessitados o receio de conflitos familiares, numa fase da vida em que a pessoa mais necessita de um bom convívio e interação familiar. É de realçar ainda a fragilidade social em que muitas vezes as pessoas idosas se encontram, diminuídas na sua autonomia pessoal, dependentes de familiares, não sentindo o apoio necessário para optar por uma solução litigiosa.

REMÉDIO MARQUES aponta ainda um outro fundamento merecedor de atenção e de uma atuação conforme por parte do Estado, afirmando que muitas das pessoas idosas não têm sequer a consciência de que são sujeitos ativos das prestações de alimentos, apenas

¹⁹² Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 65, Vol. II, Set. 2005, p. 20. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalheartigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614>. Consultado em 22.01.2012.

entendendo tais obrigações dos seus familiares como obrigações morais e, como tal, “a maioria aguarda apenas o auxílio económico espontâneo dos seus descendentes”¹⁹³.

Face a esta realidade social e cultural, a qual esconde muitas vidas sujeitas a graves carências, o Estado deveria ter um papel ativo nesta temática, legitimado a agir em razão da obrigação de garante de segurança económica e habitacional que sobre ele impende. Dessa forma, a legitimidade ativa para intentar tal ação comum deveria estender-se a outras pessoas (singulares ou coletivas) que não o próprio interessado, designadamente o Ministério Público, em primeira linha, facultando à pessoa a opção de não participar diretamente no processo judicial, e mesmo a terceiros, nomeadamente o principal cuidador, familiar ou terceiro, mas respeitando sempre a vontade do maior interessado¹⁹⁴. No entanto, a lei apenas atribui ao próprio ou ao seu representante legitimidade processual ativo para intentar uma ação de reivindicação de alimentos.

Com vista a evitar o ambiente de litigiosidade, não será de descurar o papel da Mediação familiar no âmbito de conflitos familiares relacionados com idosos, designadamente entre estes e os seus cuidadores, ou entre irmãos e outros familiares no que respeite ao cuidado com o idoso. Tal mecanismo potenciará a resolução dos conflitos, dirimindo o carácter litigioso do recurso à via judicial, elemento de desgaste e erosão das relações familiares.

De todo o modo, ainda que com tais reservas, alguns dos efeitos de conflituosidade inerentes ao foro jurisdicional far-se-iam naturalmente sentir no seio das relações familiares. Muito embora entendamos tal circunstância como um mal necessário, o qual perderá valor e intensidade com o acréscimo do número destas ações que inevitavelmente terá que aumentar, atendendo ao envelhecimento populacional e à crescente dificuldade dos sistemas não contributivos de assistirem esta emergente população, acreditamos que a promoção preventiva, ativa e positiva destes deveres

¹⁹³ MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português*, ob. cit., p. 368.

¹⁹⁴ No sentido do alargamento da legitimidade processual, Cf. RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 226.

familiares, através de medidas informativas, mas também ações fiscais e sociais, potenciarão o cumprimento destes deveres.

No âmbito **da ação penal**, salvo algumas exceções¹⁹⁵, o legislador ainda não expressou, de forma contundente, a consciencialização das vulnerabilidades a que se encontram sujeitos os idosos. Com efeito, como ressalta do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01-06-2011, as exigências de prevenção especial são particularmente intensas nos crimes contra idosos, dada a “forte repulsa e censura que merece quem maltrata idosos e se aproveita da idade e da fragilidade emocional destas pessoas, para as prejudicar, numa fase da sua vida em que deviam ser especialmente protegidas e respeitadas”¹⁹⁶. Parece-nos, portanto, que dada a crescente importância das problemáticas envolvendo as pessoas idosas, mais atendendo à diminuta pressão exercida por estas no tecido social, detém o Direito Penal um papel fundamental na recolocação da importância dos bens jurídicos em causa. Como refere TAIPA DE CARVALHO, “o legislador, ao criar os tipos legais, está a seleccionar, de entre as condutas socialmente danosas, aquelas que quer evitar, através dos meios reforçados ou mais graves, que são as penas. E, nesta medida, está simultaneamente, a «indicar» à sociedade e a cada pessoa quais os valores ou bens jurídicos que são considerados fundamentais para a realização pessoal e para a vida social”¹⁹⁷.

De facto, o envelhecimento populacional interfere no seio da própria família, verificando-se uma massificação do número de idosos dependentes. Como refere BENIGNO SOBRAL, “Na interação pessoa idosa-família surgem divergências a partir de comportamentos e visões de mundo diferentes, onde, universos do “novo” e do “velho” provocam o chamado choque de gerações que, por sua vez, deflagrarão, uma cadeia de fatos, muitas vezes perversos que vão desde o paternalismo exacerbado até a negligência e maus-tratos,

¹⁹⁵ A título exemplificativo, atente-se no crime de ameaça e coação, previsto no artigo 155º, ou no crime de sequestro, previsto no artigo 158º/e, em que a lei se refere expressamente a “pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez”.

¹⁹⁶ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 01-06-2011. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

¹⁹⁷ TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO A. - *Direito Penal- Parte Geral*, ob. cit., p. 49.

repercutindo decisivamente nas condições de saúde e bem-estar.”¹⁹⁸. Referimo-nos aos maus-tratos perpetrados contra idosos. Em consonância com a realidade demonstrada em estudos estrangeiros, a negligência em relação a idosos apresenta-se como o mais frequente dos riscos, especialmente em relação aos idosos mais velhos e às mulheres¹⁹⁹. Mas constata-se um crescente aumento das várias formas de abuso²⁰⁰, sendo o abuso emocional e financeiro os mais frequentes.

Um dado a ter em conta prende-se com o perfil dos agressores. Apesar da imagem negativa tida frequentemente em relação aos lares, a grande maioria dos maus-tratos a idosos são perpetrados por familiares e outros cuidadores informais, por ser também a residência da maioria dos idosos²⁰¹. São, por sua vez, os mais difíceis de detetar, em razão do ambiente reservado e do sentimento de repulsa e vergonha dos idosos em denunciarem familiares.

Os dados conhecidos não são, no entanto, reveladores dos reais números de idosos sujeitos a maus-tratos²⁰², na medida em que é ainda raro que um idoso denuncie tais situações, por razões de vergonha social, de receio de conflito familiar e também de receio de isolamento e abandono. Assim, muitos idosos sujeitam-se por longos períodos a inaceitáveis condições, físicas ou psíquicas.

Tais condutas ilícitas poderão traduzir-se em ações ou omissões que, no âmbito de uma relação de proximidade, colocam o idoso em risco ou perigo, podendo revestir a forma de dolo ou negligência. No código penal, o crime de maus-tratos encontra-se tipificado no artigo 152ºA, bem como o artigo 152º, respeitante ao crime de Violência Doméstica, daí

¹⁹⁸ SOBRAL, BENIGNO - *Uma incursão às questões do envelhecimento*, in “Revista Magis, Cadernos de Fé e Cultura”, nº 43, 2003, disponível em: <http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc43.pdf>. Consultado em 17.01.2012.

¹⁹⁹ Cf. FERREIRA-ALVES, J./ SOUSA, MÓNICA - *Indicadores de Maus-tratos a pessoas idosas na cidade de Braga: Estudo Preliminar*, in “Sociologia”, Revista da Faculdade de Letras do Porto, n.º 15, 2005, pp. 308 e ss.

²⁰⁰ Para desenvolvimento sobre as diferentes formas de abuso, vd. FERREIRA-ALVES, J. - *Avaliação do Abuso e Negligência de Pessoas Idosas: Contributos para a sistematização de uma visão forense dos maus-tratos*, in “Psicologia Forense”, R. Abrunhosa E C. Machado (Eds), Coimbra, Quarteto, pp. 5 e 6.

²⁰¹ Cf. COSTA, JOSÉ MARTINS BARRA DA - *Criminalidade na terceira (e quarta) idade*, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, ano 15, nº 3, s.l., Coimbra Editora, 2005, p. 463.

²⁰² A este respeito, a autora LILIANA FERNANDES dava conta que, entre 2004 e 2009, o número de registos de casos de violência contra idosos triplicaram, de 8 mil para quase 25 mil casos. Cf. FERNANDES, LILIANA - *Direito à velhice com dignidade*, in “Boletim da Ordem dos Advogados”, s.l., nº 58, setembro de 2009, p. 19.

decorrendo dois pressupostos, a saber, a existência de uma relação de proximidade ou dependência entre agente e vítima, encontrando-se esta última numa situação vulnerável, especificadamente “pessoa menor ou particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença ou gravidez”. De referir ainda outras relevantes disposições normativas da lei penal, designadamente o artigo 177º, concernente à agravação de penas de alguns tipos legais quando entre agente e vítima se verifique um dos vínculos familiares aí especificados, ou uma relação familiar em que haja algum tipo de dependência entre esses membros.

Por sua vez, no que concerne aos maus-tratos a idosos motivados por ações por parte dos seus cuidadores, atentemos às normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na disciplina prevista pelo Estatuto do Idoso. Por meio deste documento incorporou o legislador brasileiro no ordenamento jurídico um conjunto de novos tipos de crimes especificamente referentes a pessoas idosas, todos eles de natureza pública, pelo que não dependentes de queixa por parte do ofendido e passíveis de serem intentados pelo Ministério Público. Este é um elemento relevante, atendendo à diminuta expressão das denúncias efetuadas por idosos, cujos receios de insegurança e isolamento, de retaliações por parte de familiares, de vexame da intimidade privada ou mesmo por não quererem acusar um familiar ou cuidador, inibem uma atitude ativa e voluntária com vista a colocar termo à situação de maus-tratos.

Dentre o elenco dos crimes aí tipificados, merece destaque o crime de Discriminação, concretizado no impedimento ou dificuldade de acesso a operações bancárias, a meios de transporte, ao direito de contratar ou a qualquer meio necessário ao exercício da sua cidadania, nos termos do artigo 96º do EI. A pena aplicável, de seis meses a um ano de prisão efetiva, será elevada para um terço no caso de o agente ser o cuidador, na medida em que impende sobre ele um dever especial de cuidado e garante.

Atendendo a que o abuso financeiro de idosos se tem demonstrado como um perigo cada vez mais massificado, o EI brasileiro estabeleceu dois crimes distintos, ambos punidos

com pena de prisão efetiva, nomeadamente o crime de apropriação ou desvio de bens, ou rendimentos do idoso e o crime de retenção do cartão magnético de conta bancária relativa a rendimentos do idoso, ao abrigo dos artigos 102º e 104º.

Não existindo normativo idêntico no nosso ordenamento jurídico, a título exemplificativo, atente-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-12-2002²⁰³, o qual condenou o arguido, sobrinho da ofendida, por falsificação e burla qualificada, porquanto, aproveitando-se da incapacidade física e mental da familiar idosa, poucos dias antes de falecer, usou do acesso a toda a sua documentação dando ordens à instituição bancária de transferência de todos os saldos bancários para a sua conta, falsificando a assinatura da tia idosa.

Um outro exemplo desta realidade é o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-04-2009²⁰⁴, o qual versa sobre o aproveitamento financeiro de um familiar sobre o seu tio idoso, com mais de 90 anos, viúvo muito recentemente que, aproveitando-se da sua condição moral e fisicamente debilitada, o levou a um cartório fazendo-o assinar uma procuração com amplos poderes, por si redigida, tratando de doar, posteriormente, a si próprio vários bens do tio. Em razão da censurabilidade que tal factualidade gera, o tribunal anulou a doação em causa com base na ofensa dos bons costumes, nos termos do artigo 280º/2 do CC. Numa perspetiva comparativa, o ordenamento jurídico brasileiro acautelou especificamente tal circunstancialismo, imputando responsabilidade criminal aos seus agentes, normativo inscrito no EI, no seu artigo 106º²⁰⁵.

Como se vislumbra neste exemplo jurisprudencial, a lei geral, que obviamente encerra em si uma resposta para ofensas a estes bens jurídicos, não se afigura como adequada à censurabilidade das condutas em causa, dada a sua maior perversidade em função da vulnerabilidade em que as pessoas idosas se encontram sujeitas, ainda que tal

²⁰³ Vd. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-12-2002. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

²⁰⁴ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-04-2009. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

²⁰⁵ Artigo 106º do EI: “Induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente: pena- reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”. A coação do idoso a doar, testar ou outorgar procuração também se encontra consagrada no artigo 107º, sendo punida com pena de prisão de dois a cinco anos.

circunstância seja considerada na ponderação da decisão judicial e se encontre dispersa a alusão a tal especialidade ao longo do Código Penal.

O crime de abandono de idosos encontra-se também previsto no Estatuto do Idoso, no artigo 98º, o qual consagra “Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado” é punido com pena de seis meses a três anos.

É curioso o processo inverso que a nossa lei penal percorreu. Com efeito, a redação primitiva do Código Penal previa um normativo semelhante, referente ao abandono de cônjuges e filhos, o qual era punido com prisão até 2 anos ou multa até 180 dias, prevendo-se a sua aplicação para os agentes que infringissem “grosseiramente o dever de socorrer ou ajudar o outro cônjuge (...) quando daí resultar perigo de que caia em situação de abandono físico, intelectual ou moral”. No entanto, tal preceito foi retirado na revisão de 1995, descriminalizando tal conduta, por se entender que respeitava a interesses de ordem moral que não cabia à lei penal tutelar²⁰⁶. Verifica-se, atualmente, um ressurgimento de tal ilícito, grassando na nossa sociedade o trágico, por vezes fatal, problema de idosos que são encontrados mortos nas suas residências, sozinhos e abandonados, não raramente muito tempo volvido. Atendendo à ofensa de bens caros à sociedade em tais condutas, idêntico preceito penal deveria ser pensado para o ordenamento nacional.

Estes tipos de crime são apenas corolários do poder de conformação do legislador na procura da preservação de bens jurídicos e da consciencialização da relevância desses bens junto da sociedade. Só pela conjugação de esforços políticos, legislativos e jurisdicionais se alcançará um adequado grau de proteção face às vulnerabilidades a que se encontram sujeitos muitos idosos. Entendemos que, na senda da evolução processual de crimes eminentemente pessoais verificados com frequência entre familiares, também

²⁰⁶ Cf. CERDEIRA, ÂNGELA CRISTINA DA SILVA - *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, ob. cit., p. 92.

os crimes relacionados com a vida e a integridade física das pessoas idosas deverão merecer uma maior atenção, atendendo à fragilidade da posição em que se encontram.

Resta realçar, ainda em sede penal, o **elemento idade** como critério a considerar na análise da atenuação especial da pena, nos termos do artigo 72º do Código Penal. Com efeito, a idade não poderá significar inimputabilidade ou ser sinónimo de atenuação, só por si²⁰⁷, mas deverá relevar no juízo de necessidade da pena.

Neste sentido tem entendido a jurisprudência²⁰⁸, determinando que “se a prevenção especial vai deixando progressivamente de relevar como condimento temperador da sanção ou do juízo de censura que através dela se exprime, não é menos certo que as exigências da prevenção geral também vão cedendo ante o avançar da idade do prevaricador, reduzindo o perigo que, para a ordem jurídica e para estabilidade social, sempre representa a comissão de um crime.”²⁰⁹. Surge, portanto, a necessidade de adequada sensibilidade do julgador para a justa contraposição da necessidade de prevenção e da necessidade da pena, optando, quando tal equilíbrio assim o permita, por soluções jurídicas que, em razão da dificuldade de ressocialização das pessoas idosas, garantam a observação de condutas adequadas à vida em sociedade. O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21-11-2007²¹⁰ constitui um exemplo desta procura por soluções jurídicas alternativas. Em causa estava a reincidência de um idoso delinquente de 72 anos de idade, por crime de violência doméstica contra o seu cônjuge. Reconhecendo o tribunal a ineficácia da prisão efetiva no caso concreto, verificado que ficou que o arguido “não apresenta suficientes condições pessoais para alterar o quadro de instabilidade afetivo-relacional, que vem marcando o quotidiano familiar de há já longos anos a esta parte, nem as competências educacionais e socioculturais de que dispõe, são de molde a facilitar um comportamento de mudança no sentido do respeito

²⁰⁷ Vd. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14-05-1999, “Embora longe de se erigir em princípio regra a consideração de que o idoso, só por o ser, beneficia automaticamente de uma redução da pena”. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

²⁰⁸ Neste sentido, vd. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18-03-2010, bem como o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-10-1999. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

²⁰⁹ Vd. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-10-1999. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

²¹⁰ Vd. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21-11-2007. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

no trato para com a mulher(...).”, manteve o tribunal a suspensão da execução da pena, impondo ao condenado o abandono do lar conjugal, passando a viver com qualquer um dos filhos que previamente se mostraram na disponibilidade de o acolher em suas residências, bem como a submissão a acompanhamento médico e psicológico.

No que respeita ainda ao combate às crescentes situações de **abandono de idosos** por parte de familiares não poderíamos deixar de ressaltar, no nosso ordenamento jurídico, o Decreto-Lei 391/91, de 10 de outubro, respeitante ao Acolhimento Familiar de Pessoas Idosas e Pessoas com Deficiência. Muito embora seja fundamental dar prioridade às medidas sociais de apoio aos Idosos na sua residência, preservando o seu espaço pessoal, tal preferência poderá ser inviável, em razão da inexistência de meio sociais para a sua realização; do grau de dependência do Idoso, o qual implica um mais intenso acompanhamento, ou perante a inexistência de retaguarda familiar que garanta as condições adequadas ao bem-estar do idoso. O Acolhimento Familiar traduz-se na integração do idoso²¹¹, temporária ou permanentemente, em família idónea²¹², não familiar ou, a título excecional, por parente a partir do terceiro grau da linha colateral (artigo 3º/2), sendo tal acolhimento prestado a título oneroso.

Esta medida surge, desta forma, como uma alternativa à institucionalização, constituindo a “resposta mais humana e personalizada ao atendimento daqueles grupos [caracterizados nesse mesmo preâmbulo como grupo de risco], evitando ou retardando o mais possível o recurso à resposta institucional”, conforme se consagra no preâmbulo

²¹¹ As condições subjetivas previstas para o recurso a esta medida encontram-se tipificadas no artigo 6º deste diploma, o qual consagra: “A pessoa idosa ou a pessoa adulta com deficiência pode recorrer ao acolhimento familiar, desde que esteja nalguma das seguintes condições: a) Ter idade igual ou superior a 60 anos ou não inferior a 18 anos, quando se trate de pessoa com deficiência; b) Ser portadora de deficiência orgânica, motora ou sensorial; c) Encontrar-se em situação de dependência ou de perda de autonomia, não podendo bastar-se a si própria; d) Viver isolada e sem apoio de natureza sociofamiliar; e) Viver em situação de alojamento muito precário ou sem alojamento que ponha em perigo a sua segurança; f) Ser vítima de maus-tratos.”.

²¹² A idoneidade conclui-se, entre outros, pelo preenchimento dos requisitos previstos no artigo 7º do diploma, no qual se estabelece: “I - A família de acolhimento, para prestar os serviços previstos neste diploma, deve reunir as seguintes condições: a) Ter sensibilidade para a problemática do envelhecimento ou da deficiência; b) Ter estabilidade familiar, capacidade afetiva e capacidade económica mínima; c) Apresentar equilíbrio no plano da saúde física e mental; d) Possuir habitação com adequados requisitos de habitabilidade e acessibilidade; e) Estar disponível para frequentar ações de formação prévia e contínua promovidas pelas instituições de enquadramento.”

deste diploma, respeitando a sua identidade, personalidade e privacidade. O acolhimento familiar poderá apresentar benefícios para o idoso, nomeadamente o contacto mais próximo com outras pessoas, ainda que não familiares, entre os quais se perspetivará o desenvolvimento de maiores laços de afetividade e de cuidado personalizado que os existentes numa instituição, por melhor que ela seja. Destarte, evitar-se-á não apenas o abandono, o isolamento e a exclusão das pessoas idosas do seio da comunidade, mas também o desenvolvimento de doenças, especialmente neurológicas, diretamente relacionadas com a falta de convivência com outras pessoas.

Todavia, atendendo à vulnerabilidade em que tais pessoas se encontram, é imperioso acautelar o seu bem-estar no seio de um novo e desconhecido agregado familiar, o qual, não o esqueçamos, o acolhe em contrapartida de uma retribuição pecuniária, ainda que não constitua a exclusiva motivação. Nesse sentido, a existência de laços afetivos entre a família de acolhimento e o idoso acolhido constitui um elemento fundamental, o qual poderá ser verificável, não apenas através de um período prévio e parcial de adaptação, mas por um acompanhamento contínuo das instituições de enquadramento²¹³. JOANA SOUSA RIBEIRO critica a não previsão da necessidade de suprimento judicial da vontade do idoso incapaz, remetendo tal decisão para a família do acolhido, nos termos do artigo 4º²¹⁴.

Uma outra medida política a salientar no combate ao abandono dos idosos encontra-se consagrada no Decreto Legislativo Regional nº 2/2003/M, aí se estabelecendo medidas de reinserção familiar e social de utentes com permanência em meio hospitalar após alta clínica. Tal facto deve-se, muitas das vezes, ao abandono de familiares que, face aos encargos familiares excessivos ou ao descomprometimento perante os entes mais idosos, não assumem as responsabilidades inerentes ao vínculo biológico e juridicamente reconhecido. Com vista a desincentivar tais condutas, a Assembleia Legislativa Regional da Madeira aprovou o dito diploma o qual pretende, em primeira linha, responsabilizar os

²¹³ Vd. Artigo 13º Decreto-Lei 391/91, de 10 de outubro.

²¹⁴ RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 225.

familiares pelas suas obrigações, reintegrando o idoso no meio familiar e assegurando o apoio social assistencial necessário à família e ao idoso²¹⁵, impondo aos familiares a comparticipação dos custos após alta clínica, medida que nos parece totalmente razoável, uma vez que as consequências do desrespeito pelos deveres familiares não poderão recair sobre o poder público, sob pena de, por essa via, se promover a adoção de condutas semelhantes, censuráveis, ainda que motivadas por razões financeiras. Esgotadas as possibilidades de integração do idoso no seu meio familiar biológico, procurarão os serviços alternativas que garantam a dignidade e o bem-estar da pessoa idosa, por meio do Instituto do Acolhimento Familiar.

Entendemos que o legislador ordinário deveria seguir o exemplo do legislador regional, por se tratar de um fenómeno não isolável na Região Autónoma da Madeira, mas em todo o Continente, motivo pelo qual, pese embora o mérito inovador ínsito neste diploma, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade dos artigos 4º a 8º do referido diploma, dada a “inexistência de interesse específico regional”, pelo que violando o artigo 227º/1,a) da CRP²¹⁶.

²¹⁵ Estabelece o artigo 3º desse diploma que: “1 — Verificando-se o disposto no artigo anterior, o Serviço Regional de Saúde deve, em articulação com o Centro de Segurança Social da Madeira, proceder a uma avaliação das condições de acolhimento familiar e social do utente. 2 — Com o envolvimento dos familiares, os serviços devem promover o regresso do utente ao domicílio. 3 — Caso se justifique, os serviços devem disponibilizar ao utente e à família o apoio assistencial considerado necessário, designadamente: a) Um programa de cuidados continuados ao domicílio; b) Um programa de ajuda domiciliária.”

²¹⁶ Vd. Acórdão nº 246/2005 do Tribunal Constitucional. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

CAPÍTULO III. EFEITOS LEGAIS DO ENVELHECIMENTO

INCAPACIDADES

O envelhecimento biológico, particularmente a senescência, traduzida na fase de envelhecimento mais acelerado, representa uma “involução no processo de desenvolvimento”²¹⁷, período durante o qual o indivíduo vivencia a diminuição ou perda de capacidades físicas e psíquicas, nomeadamente a nível motor, com o aumento de doenças degenerativas e crónicas, potenciando o acréscimo de fatores de dependência e incapacidade.

Atendendo à proporção do número de idosos mais velhos, população alvo destas doenças, prevê a autora EVA GALLEGO²¹⁸ que as doenças degenerativas depressa se convertam na pandemia dos próximos tempos, pelo que, correlativamente ao acréscimo do número de pessoas com doenças degenerativas, crónicas ou outros fatores de dependência, aumentará também o número de situações de incapacidade com as quais as famílias e os cuidadores se confrontarão.

Mas quem se encontra em situação de incapacidade? O Comité de Ministros do Conselho da Europa aprovou, em fevereiro de 1999, a recomendação Nº R (99) 4 sobre Proteção Legal dos Adultos, na qual definia todo o adulto incapaz como “todo o maior que em razão de uma alteração ou duma insuficiência nas suas faculdades pessoais, não esteja em condições de tomar, de forma autónoma, decisões relativas à sua pessoa ou aos seus bens, de as exprimir ou executar e, em consequência, não poder proteger os seus bens”.

Como se verifica, contida nesta formulação está o conceito de Adulto Incapaz, não existindo qualquer referência ao idoso, e bem, na medida em que, se os efeitos do

²¹⁷ BARRETO, JOÃO - *Envelhecimento e qualidade de vida: o desafio atual*, in “Sociologia”, Revista da Faculdade de Letras do Porto, série I, vol. XV, n.º 15, 2005, p. 291

²¹⁸ GALLEGO MARTINEZ, EVA MARÍA - *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela*, in “Protección Jurídica de Los Mayores”, coord. por GALLEGO MARTINEZ, EVA MARÍA / PÉREZ ALONSO, Mariano / Celada reguero, Justo, 2004 p. 146.

envelhecimento poderão tornar o idoso incapaz, necessitando de assistência ou representação por parte de terceiros, tal poderá também não se verificar, não sendo a incapacidade e mesmo a dependência pressupostos da velhice.

Por sua vez, incapacidade e dependência são conceitos distintos que poderão ou não ser sobrepostos, isto é, numa situação de incapacidade existe uma correspondente dependência face a terceiros, mas o inverso não se verifica, na medida em que uma pessoa pode apresentar algum tipo de dependência, derivado de doença ou dificuldades motoras ou psíquicas, e não ser incapaz²¹⁹. Assim, como clarificado na Recomendação n.ºR (98)9, da Comissão dos Ministros aos Estados membros, dependência traduz-se no “estado em que se encontram as pessoas que, por razões relacionadas com a falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, têm necessidade de uma assistência a fim de realizar os atos correntes da vida”. Com efeito, muito idosos vivem de uma forma independente, prosseguindo as suas atividades de forma autónoma. Referimo-nos especialmente à apelidada terceira idade, período que medeia o fim da vida laboral e o começo da denominada quarta idade, e durante o qual, em geral, as pessoas não apresentam ainda maiores vulnerabilidades. Segundo GONZALO LA HOZ²²⁰ “o problema é que tratam as pessoas maiores dentro do coletivo dos «dependentes», sem distinguir entre idosos que verdadeiramente têm maiores necessidades de atenção e cuidados, com outros, normalmente menores de 75 anos, que gozam de boa saúde e praticamente de uma total independência (...)”, podendo resultar desta confusão conceptual o perigo da estigmatização dos idosos, tidos unicamente como sujeitos merecedores de proteção e assistência, relegando o papel que os idosos ocupam nas comunidades e nas famílias e

²¹⁹ Sobre a distinção entre dependência e incapacidade, vd. PHILIPPE PITAUD - *Responding to dependency in old age*, in Conferência Internacional sobre o Envelhecimento, Lisboa, 15 de outubro de 2010, pp. 29 e 30.

²²⁰ TORQUEMADA DE LA HOZ, GONZALO - *una aproximación a la realidad sociojurídica de las personas mayores: entre la regulación de políticas sociales y la crisis de segregación familiar* in “Protección Jurídica de Los Mayores”, coord. por Gallego Martínez, Eva María / Pérez Alonso, Mariano / Celada reguero, Justo, 2004, p. 431.

desmerecendo as relevantes funções sociais, culturais e pedagógicas que desempenham no seio das comunidades e das famílias²²¹.

Assim, como relembra PÉROLA BRAGA, a capacidade civil inicia-se aos 18 anos e só termina com a morte, podendo a incapacidade civil, por sua vez, surgir em qualquer fase da vida²²².

Relevante fazer notar que, face à verificação de incapacidade de facto do idoso, o vínculo familiar ou a relação de prestação de cuidados ao idoso não legitimam qualquer intervenção. Para tal, é necessária a sua confirmação judicial, a qual tomará em consideração o estado de saúde da pessoa, aferindo do seu grau de autonomia e de limitação, nomeando uma terceira pessoa com legitimidade para representar ou assistir o protegido, dessa forma se efetivando o suprimimento da vontade²²³. Uma intervenção ilegítima representará uma violação do dever de respeito e do princípio da autonomia a que se encontram sujeitos os membros familiares²²⁴.

Um primeiro problema a apontar ao regime das incapacidades atualmente vigente prende-se com a terminologia adotada. Na verdade, a designação atribuída a uma pessoa de interdita ou inabilitada encerra em si um estigma aos olhos dos seus pares, por a ela se associar, como refere CLÁUDIA TRABUCO uma “imagem de menoridade e de privação total de autonomia”²²⁵, cujas consequências são potenciadas pelo clima de publicidade e morosidade do processo, como verificaremos seguidamente²²⁶.

²²¹ A este respeito, vd. CRUZ, MANUEL BRAGA DA – *Desigualdade Social e Pessoa Idosa*, ob. cit., p. 54; E NEVES, JOÃO CÉSAR DAS – *Economia dos e para os idosos*, ob. cit., pp. 43 e 44.

²²² Cf. BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA – *O Idoso e o direito de morar sozinho*, disponível em http://direitoidoso.braslink.com/pdf/artigo_16_morarsozinho.pdf. Consultado em 17.12.2011.

²²³ Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1995, p. 298.

²²⁴ Verificam-se, no entanto, situações de emergência, nas quais, não se encontrando a família legitimada para intervir em nome do idoso, a omissão de uma ação representaria perniciosos efeitos para a pessoa ou o património daquele. A lei é sensível a estas circunstâncias, aplicando o regime da gestão de negócios, previsto nos artigos 465º e 466º do Código Civil.

²²⁵ Cf. TRABUCO, CLÁUDIA – *O regime das Incapacidades e do respetivo suprimimento: perspetivas de reforma*, in “Themis”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano 9, nº 15, 2008, p. 325.

²²⁶ Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 299.

Numa perspetiva civilística, podem desenhar-se três modelos institucionais de incapacidade, a saber, o modelo tradicional, o modelo tradicional funcionalmente modificado e o modelo progressivo²²⁷.

O **modelo tradicional** caracteriza-se pela total ou quase total restrição à capacidade de exercício da pessoa incapaz, sendo a sua vontade suprida por um representante, designado de tutor ou, nos casos menos gravosos, por um curador que deverá atuar em representação ou juntamente com o incapaz, dependendo do grau de inabilitação. É um modelo marcadamente rígido, muito pouco flexível e indiferenciado.

Portugal adotou este modelo tradicional, efetivado em dois institutos - a interdição e a inabilitação, regulados na Secção V do código civil, especificamente nos artigos 138º e ss. do CC e 944º e ss. do CPC²²⁸. A título comparativo, o ordenamento jurídico italiano adotou, por meio da Lei 6/2004, de 09 de Janeiro, uma terceira figura – o designado instituto da “Amministrazione di sostegno”. Alternativo aos referidos institutos da interdição e da inabilitação, caracteriza-se pela sua flexibilidade e menor rigidez, permitindo que a medida aplicada coincida com a concreta limitação da capacidade de exercício do incapaz, evitando a sua automática privação de capacidade²²⁹.

Para o decretamento da incapacidade, é necessário que se verifiquem preenchidos dois requisitos cumulativos, tipificados no artigo 138º do CC., a saber, que o maior se mostre incapaz de governar sua pessoa e bens, e que tal decorra de anomalia psíquica²³⁰, surdez-mudez ou cegueira, devendo estas causas apresentarem uma natureza habitual ou

²²⁷ Cf. BIOSCA ADROHER, SALOMÉ - *La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente*, in “Nuevos conflictos del Derecho de familia”, Coord. POMBO LLAMAS, EUGENIO, Madrid, 2009, La Ley, pp. 730 e ss.

²²⁸ Não sendo nossa pretensão um estudo detalhado sobre o regime das incapacidades, aludiremos a certos aspetos essenciais, realçados numa perspetiva comparativa com outros ordenamentos jurídicos. Sobre o regime jurídico das Incapacidades, Vd. VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil, Ob. Cit.*, pp. 119 e ss e HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil, Ob. Cit.*, pp. 333 e ss.

²²⁹ Cf. PERA, ALESSANDRA – *La tutela dei soggetti deboli: modelli legislativi e giurisprudenziali a confronto*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 6, nº 12, 2009, pp. 60 e 61.

²³⁰ Como esclarecido pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-07-1983, para estes efeitos, considera-se anomalia psíquica “não só as deficiências de intelecto, de entendimento ou discernimento, como as deficiências de vontade e da própria afetividade ou sensibilidade”, apud NETO, ABÍLIO NETO / MARTINS, HERLANDER - *Código civil anotado, legislação complementar, ob. cit.*, p. 85.

duradoura, atual e permanente²³¹, a qual, não tendo de ser irremediável, coloque em perigo o próprio, os seus bens ou terceiros.²³² O regime da inabilitação, apresentando as mesmas causas – com uma natureza menos gravosa – tem ainda por causas próprias a prodigalidade, o alcoolismo e a toxicodependência, quando motivem a incapacidade do indivíduo reger o seu património. Segundo MOTA PINTO, “basta que se prove um perigo atual de atos prejudiciais ao património, mesmo que se não tenha verificado ainda um dano concreto.”²³³ Neste último caso, a gestão da sua pessoa não constitui pressuposto para a verificação de incapacidade, uma vez que se trata de um outro tipo de incapacidade, não natural ou derivada, em oposição às primeiras.

Cumprir mencionar que em muitos ordenamentos jurídicos, nomeadamente o brasileiro, a surdez-mudez e a cegueira não constituem causas para a incapacidade, sob nenhuma das suas formas. Em países da América Latina, como o Peru, a Colômbia e o Equador, em que tal condição era, até recentemente, motivo de incapacidade. Esta tem sido limitada aos casos em que a pessoa não se consiga exprimir por escrito²³⁴, em respeito pelos princípios da intervenção mínima e da preservação da autonomia da pessoa. Por sua vez, no ordenamento italiano, a surdez e a cegueira podem constituir fundamento para determinação da incapacidade, se se verificar, todavia, como pressuposto negativo, que “não receberam uma educação suficiente” que lhes permita lidar com tais dificuldades, não sendo, portanto, uma determinação automática dessa limitação natural, excepto se verifique uma absoluta incapacidade de exercício²³⁵.

Com efeito, várias críticas são apontadas à formulação das causas de incapacidade. A primeira prende-se com o desfasamento entre os atuais conceitos de incapacidade e doença mental, sendo esta percecionada numa lógica de reversibilidade e reinserção da comunidade, o que se revela contraditório com a natureza de duração e permanência

²³¹ Cf. PRATA, ANA - Dicionário jurídico, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3393-08, p. 797.

²³² A recomendação Nº R (99) 4 sobre Proteção Legal dos Adultos, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, consagra que as incapacidades se poderão dever a anomalia psíquica, a doença ou outra razão similar, ampliando dessa forma o elenco de situações de incapacidade enquadráveis nesta conceptualização.

²³³ PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, ISBN 9789723213256, p. 242.

²³⁴ Cf. BIOSCA ADROHER, SALOMÉ - *La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente*, ob. cit., p. 731.

²³⁵ PERA, ALESSANDRA - *La tutela dei soggetti deboli: modelli legislativi e giurisprudenziali a confronto*, ob. cit., p. 61.

legalmente exigidas pelo ordenamento jurídico. De todo o modo, e como realça PAULA TÁVORA VÍTOR, o conceito de incapacidade legal não corresponde necessariamente à sua noção médica, razão pela qual a determinação da incapacidade de uma pessoa não poderá ter unicamente em conta o parecer médico relativamente à sua condição física ou mental, mas a outras circunstâncias que permitam ao julgador aferir se a pessoa apresenta ou não alguma autonomia face à sua pessoa e aos seus bens, porquanto doença mental não é necessariamente sinónimo de incapacidade²³⁶. Por outro lado, a dependência e incapacidade nas pessoas idosas poderá manifestar-se de diversas formas, nomeadamente pela limitação exclusivamente física, não se restringindo, portanto, à anomalia psíquica e restantes causas tipificadas. Como tal, existe uma variedade de circunstâncias merecedoras de proteção, mas que não encontram inserção nestes mecanismos²³⁷.

Constituindo uma restrição absoluta ao exercício dos direitos dos maiores incapacitados, a interdição é a mais gravosa das incapacidades, equiparando os protegidos a menores. Os incapazes encontram-se impedidos de exercer os seus direitos livremente, sendo anuláveis os atos por si praticados, muito embora alguns autores entendam dever aplicar-se aos interditos o artigo 127º, respeitante aos negócios da vida corrente, por remissão para o regime da menoridade²³⁸.

Para além da capacidade de exercício, a incapacidade jurídica poderá também representar uma restrição à capacidade de gozo de certos direitos, nomeadamente no caso dos incapacitados por anomalia psíquica, que não podem casar, perfilhar ou testar²³⁹. Como refere CLÁUDIA TRABUCO²⁴⁰, algumas dessas incapacidades respeitam, portanto, ao estabelecimento de relações jurídicas familiares, as quais são determinadas de forma geral e indiferenciada, não atendendo às circunstâncias concretas em que o

²³⁶ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção*, in “Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento”, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp.194 e ss.

²³⁷ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *O dever familiar de cuidar dos mais velhos*, ob. cit., p. 47 e TRABUCO, CLÁUDIA - *O regime das Incapacidades e do respetivo suprimimento*, ob. cit., p. 325.

²³⁸ Cf. TRABUCO, CLÁUDIA - *O regime das Incapacidades e do respetivo suprimimento*, ob. cit., p. 318.

²³⁹ Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO - *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 277.

²⁴⁰ Cf. TRABUCO, CLÁUDIA - *O regime das Incapacidades e do respetivo suprimimento*, ob. cit., p. 320.

protegido se encontra. Assim, à semelhança do regime aplicável ao património do inabilitado, delimitando a sentença judicial a sua capacidade civil de acordo com a sua incapacidade concreta, também a restrição à capacidade de gozo do incapaz deveria ser fixada judicialmente, atendendo ao grau de incapacidade e de autonomia da pessoa em causa, em oposição à atual delimitação consagrada em abstrato, pelo legislador.

Nesta solução legislativa se encontra ínsita uma outra crítica, apontada pela maioria da doutrina, que se prende com o carácter essencialmente patrimonial com que foi pensado o regime das incapacidades, olvidando ou relegando para segundo plano os efeitos pessoais, especialmente o respeito pela vontade do protegido. A este respeito, afirma JOANA RIBEIRO que o atual sistema de proteção nacional se “ (...) concentra na proteção dos valores patrimoniais e de interesses de terceiros, e não na preservação da sua autonomia e garantia de direitos”²⁴¹.

A não consideração pela vontade do incapaz demonstra-se patente na concretização do suprimimento da vontade do incapaz, como a nomeação do tutor ou curador, ou o âmbito da sua intervenção. Como é sabido, para o suprimimento da vontade do incapaz, é nomeado pelo tribunal um tutor ou curador, conforme se trate de interdição ou inabilitação. Para o efeito, estabelece o artigo 143º do CC. O elenco hierárquico preferencial das pessoas suscetíveis de serem nomeadas, dando primazia ao cônjuge do interdito, aos progenitores ou aos filhos maiores, com preferência do mais velho. Nos termos do artigo 146º, estes familiares não podem escusar-se da tutela, nem dela serem exonerados, salvo se não tiver sido respeitada a hierarquia prevista no artigo 143º, com a ressalva dos descendentes quando, existindo outros “descendentes igualmente idóneos para o exercício do cargo”, poderão pedir a exoneração, decorridos cinco anos da nomeação. A título remissivo, parece poder aplicar-se à tutela o regime previsto nos artigos 1927º e ss. do CC, consagrando o artigo 1934º a possibilidade de escusa a pessoas com mais de sessenta e cinco anos, a pessoas que tenham mais de três dependentes a cargo, a não parentes e afins e aos parentes colaterais até ao quarto grau.

²⁴¹ RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 225.

Entendemos, portanto, que a conjugação destes dois normativos permite reconhecer a amplitude da potencial legitimidade de um tutor, porquanto não apenas o serão as pessoas previstas no elenco do artigo 143º, mas qualquer não parente. Assim, pese embora a lei dê preferência aos familiares e, de entre eles, aos familiares previstos nesse artigo, o critério objetivo de determinação terá que ser não outro que o melhor interesse do protegido, solução que garante ao julgador uma maior discricionariedade na sua decisão. Naturalmente que todas as pessoas não previstas no artigo 143º terão direito de escusa, porquanto tais relações assumem, pelo menos juridicamente, uma natureza pessoal menos exigente ou inexistente, não recaindo sobre elas qualquer dever de auxílio e de assistência especial relativamente à pessoa idosa, até ao momento da nomeação.

Para além das críticas já explanadas, outros problemas de natureza substantiva são apontados ao atual regime. Desde logo, o processo de incapacitação é muito moroso, complexo e dispendioso, defendendo a doutrina que a lei processual deveria ser alterada no sentido de conferir mais celeridade a estes processos, muitas vezes penosos não apenas para os próprios, mas para os seus familiares²⁴². O Estatuto do Idoso, no direito brasileiro, reconhecendo estas deficiências no seu sistema processual, estabeleceu um conjunto de medidas com vista à sua sanção ou diminuição, conferindo natureza urgente aos processos judiciais envolvendo maiores de 60 anos, nos termos do artigo 71º do EI, e criando tribunais de competência especializada, de entre outras medidas.

Uma outra questão processual muito debatida pela doutrina prende-se com a publicidade destes processos. Determina o artigo 945º do CPC que, apresentada a petição e reconhecida a sua regularidade, procede-se à “afixação de editais no tribunal e na sede da junta de freguesia da residência do requerido, com menção do nome deste e do objeto da ação, e publicar-se-á, com as mesmas indicações, anúncio num dos jornais mais lidos na respetiva circunscrição judicial”. Refere ainda o artigo 147º, remetendo para os artigos 1920º B e C que a sentença de incapacidade só é oponível a terceiros de boa-fé após a sua publicação. Este carácter público da ação influencia, de forma nefasta, a intimidade da

²⁴² Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção*, ob. cit., p. 184.

vida privada da pessoa e dos seus familiares, em circunstâncias ainda não definidas, porquanto a pessoa pode não ser considerada incapaz findo o processo. Como refere PAULA TÁVORA VÍTOR²⁴³, “são processos com caráter estigmatizante. (...) o clima de escândalo e devassa da privacidade que implica uma dimensão de vergonha pessoal e familiar. Esta consequência é potenciada pelo regime de publicidade do processo”. A supra referida recomendação aponta também no sentido de que a publicidade não deveria efetuar-se de forma automática, mas casuisticamente, atendendo aos interesses do incapaz e de terceiros.

A este propósito, uma Comissão de Juristas apresentou, em maio de 2002, uma proposta de alteração do atual sistema de proteção, plasmando um conjunto de princípios basilares na proteção dos direitos dos maiores, documento que sugeria precisamente a restrição da publicidade destes processos, a qual poderia ser dispensada pelo tribunal, salvaguardados que se verificassem os direitos de terceiros²⁴⁴. A referida proposta tinha como resultado a revogação dos institutos da interdição e inabilitação, bem como das correspondentes normais processuais²⁴⁵. Para tal, previa a criação de três institutos de proteção de adultos, a saber, a salvaguarda de direitos, a tutela e a curatela. A primeira destina-se a um conjunto de medidas de proteção para a prática “de atos ocasionais ou de natureza específica”, podendo advir de mandato do próprio interessado. Por sua vez, a tutela deixaria de se traduzir na incapacidade geral do maior para o exercício de direitos, antes devendo especificar-se na sentença o âmbito da incapacidade, numa perspetiva de proporcionalidade e adequação às necessidades do incapaz. A tutela aplicar-se-ia subsidiariamente à curatela, dirigindo-se esta às situações dos incapazes que não necessitam de um representante, sendo a nomeação do tutor feita com base na escolha do incapaz.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Cf. V.V.A.A. - *Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica*, Relatório da Comissão de Juristas, *ob. cit.*, p. 37

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 35.

Relativamente aos poderes dos representantes, os tutores têm atualmente poderes para emitir declaração de vontade que produzirá efeitos na esfera jurídica do interdito²⁴⁶, devendo exercer o cargo para o qual foram nomeados “com a diligência de um bom pai de família”, nos termos do artigo 1935º/2. Para além dos direitos e deveres previstos nos artigos 1935º e ss., estabelece o artigo 145º que o tutor detém um especial dever de cuidado com a saúde do interdito. Este normativo encerra em si o dever do tutor procurar a melhoria e recuperação física e mental do interdito. Nesse sentido, trata-se de um dever especial, porquanto extravasa o mero dever geral de zelar pela manutenção da boa saúde do tutelado. Nos termos da proposta de reforma adiantada, para além do atual cuidado com a saúde do incapaz, o tutor teria ainda acrescidos deveres especiais, designadamente o dever de informação sobre as decisões tomadas.

A lei portuguesa, para além de não conferir aos próprios interessados legitimidade para requerer a intervenção judicial, a qual apenas pode ser requerida, nos termos do artigo 141º do CC., pelo cônjuge, pelo tutor ou curador, por qualquer parente sucessível ou pelo Ministério Público, também não permite ainda aos incapazes a possibilidade de participarem na decisão sobre a própria vida, conferindo-lhes, nomeadamente faculdade de conformarem o modo de atuação dos interditos, sendo as competências dos tutores e curadores estabelecidas pelo legislador. Dessa forma, confere ao julgador o fundamental papel de decisão dos destinos de uma pessoa, tendo em conta o interesse da pessoa incapaz.

Tal decisão exige um intenso grau de sensibilidade humana, pelo que a formação específica de magistrados e advogados se revela essencial para a adequada proteção dos direitos dos idosos incapazes²⁴⁷. Contrariamente ao cenário jurídico português, na qual a nomeação do tutor/curador, bem como as suas competências, são decididas pelo

²⁴⁶ Cf. PRATA, ANA - *Dicionário jurídico*, ob. cit., p. 182.

²⁴⁷ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10-12-2009, demonstra-se exemplificativo da cadência peculiar inerente a tais tomadas de decisão. O referido acórdão versa sobre a nomeação do tutor, de entre dois de sete filhos, todos eles com adequadas capacidades, e a residência da mãe incapaz, tendo o julgador sido confrontado com a possibilidade de manter a interdita num lar, onde era visitada por todos os seus filhos, ou de aceitar o pedido da filha requerente, a qual pretendia acolhê-la em sua casa, o que impediria a mãe de contactar com os restantes filhos, dadas a rutura de relações entre irmãos. Disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012.

juiz, mediante uma hierarquia de familiares e terceiros elencada no artigo 143º do CC., solução criticada por vários autores²⁴⁸, noutros ordenamentos encontra-se já vigente outras soluções mais consentâneas com o respeito pela vontade e participação do protegido, nomeadamente no ordenamento francês, em que foi criada, aquando da reforma do sistema de proteção legal das pessoas adultas, em 2009, a figura do “Mandato para proteção futura”, o qual permite às pessoas, por meio de documento particular ou público, escolher um ou mais representantes, no caso de futuramente se encontrarem numa situação de incapacidade que lhes não permita gerir, por si, o seu património. Semelhante instrumento legal encontra-se também em vigor nos Estados Unidos da América, denominado por “lasting power of attorney”, instrumento de poder de decisão extensível também à saúde, e negócios, conferido pelo idoso²⁴⁹, bem como em Espanha, com a homóloga figura da Autotutela.

A autora EVA GALLEGO explica o fundamento deste instrumento do seguinte modo: “no mundo de informação em que vivemos, muitos doentes conhecem *a priori* o trajeto evolutivo da sua doença, pelo que podem prever situações e prevenir alguns conflitos (...) A autotutela, enquanto instituto, pretende que as pessoas plenamente capazes, antes de padecerem de uma eventual enfermidade que as prive das suas faculdades, possam estabelecer e organizar a sua própria situação de incapacidade futura”.²⁵⁰ Com efeito, por meio deste instrumento legal, concretizado num documento público, no qual o notário avalia a vontade e a capacidade da pessoa no momento da sua celebração, a pessoa tem a possibilidade de conformar a linha de atuação de uma futura representação, escolhendo a pessoa que deseja que a represente, consagrando a forma de gestão e administração, tanto numa perspetiva patrimonial como pessoal²⁵¹.

Este respeito pela vontade da pessoa humana é corolário do basilar princípio da dignidade da pessoa humana, baluarte dos atuais modelos democráticos estaduais,

²⁴⁸ Cf. VÍTOR, PAULA TÁVORA - *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção*, ob. cit., p. 182.

²⁴⁹ Cf. MARGRAVE, JENNIFER CHRISTINE - An Overview of Law in England and Wales relating to the Elderly, in “NAELA Journal”, Vol. 2, nº 1, 2006, p. 180.

²⁵⁰ GALLEGO MARTÍNEZ, EVA MARÍA - *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela*, ob. cit., p.161.

²⁵¹ *Ibidem*, p.163.

européus e internacionais e base de múltiplos diplomas fundamentais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, internamente, a Constituição da República Portuguesa. Com efeito, não sendo o sistema de proteção de adultos uma forma de punição da pessoa a ela sujeita, antes uma imperativa necessidade de cuidado com a própria e o seu património, outrossim representando necessariamente uma restrição à sua liberdade de exercício de direitos, vislumbra-se contundente a efetivação da vontade da pessoa incapaz, tornando-a conivente, tanto quanto possível, com a decisão respeitante à condução e administração da sua pessoa e dos bens coletados durante a sua vida. Assim, o respeito pelos sentimentos e desejos previamente expressos atenuaria o momento da imposição de um representante ou assistente, gerador de sentimentos de confusão, alienação e perda de controlo²⁵². Numa perspetiva empírica desta realidade psicológica, acresce ainda que, mais que um facilitador no momento da nomeação do representante, estes instrumentos jurídicos aplacariam ou diminuiriam o sentimento de incerteza e insegurança das pessoas com doenças degenerativas mas capazes, conhecedoras do rumo dessas doenças, permitindo-as intervir nessa decisão.

O modelo adotado em países como a França ou Suíça apresenta-se como um segundo tipo de sistema, denominado de **modelo tradicional funcionalmente modificado**, procurando criar um conjunto de medidas protetoras mais amplas e diversificadas, com vista a responder de forma mais adequada e proporcional a cada uma das situações de necessidade.

A título exemplificativo, para além das medidas já referidas, como o “Mandato para proteção futura”, é merecedora de alusão a reforma do sistema de proteção de adultos, iniciada em 2009 no ordenamento jurídico francês, data de entrada em vigor da Lei nº 2007-308, de 5 de março de 2007, a qual consagrou um conjunto de inovadoras medidas, tendo sido criada a figura dos “mandatários judiciais de proteção dos maiores”

²⁵² Cf. HARDY, DAVID A. - *Who is guarding the Guardians? A Localized Call for Improved Guardianship Systems and Monitoring*, in “NAELA Journal”, No. 1, 2008, p.8.

que são profissionais, acreditados pelo estado – atendendo à idade, formação e moralidade - terceiros face à pessoa ou à família, que têm por fim a gestão da pessoa e dos bens do incapaz, conferindo à tutoria uma natureza profissional, a par do modelo não remunerado. De referir ainda as “medidas de acompanhamento social e personalizado” e “as medidas de acompanhamento judicial”, adotadas pelos serviços sociais e pelos tribunais, respetivamente, com o intuito de auxiliar a pessoa que demonstre dificuldades de gestão dos seus recursos, numa perspetiva pedagógica de recuperação da autonomia do indivíduo na administração dos seus bens²⁵³.

Por sua vez, a Alemanha adotou um **modelo progressivo**, à semelhança do Reino Unido – um terceiro modelo - caracterizado pela sua formulação suficientemente lata e flexível, a qual condensa num único instrumento de proteção todas as medidas potencialmente aplicáveis, concedendo ao julgador um papel discricionário que lhe permita conceber, para cada caso, o melhor projeto de vida para a pessoa merecedora de proteção, tendo em conta os seus interesses, extinguiu a figura da incapacidade. Assim, criou uma nova figura de acordo com a qual o próprio interessado ou terceiros poderão requerer ao tribunal que nomeie um representante dessa pessoa para os atos que o mesmo não possa realizar por si mesmo, sem que tal represente uma incapacidade de exercício. No entanto, o tribunal de tutela pode limitar a capacidade do assistido à autorização do assistente, se estiver em causa um perigo para os bens ou a pessoa do assistido, sendo tal limitação adequada às necessidades apresentadas em concreto. CARVALHO FERNANDES critica a ideia de um sistema unitário, atendendo à multiplicidade de situações de incapacidade, não apenas jurídicas mas também de facto, circunstância que desaconselharia a aplicação de um tal regime²⁵⁴. Com idêntico intuito, em Inglaterra foram criados vários mecanismos, especialmente com a entrada em vigor do “Mental Capacity Act of 2005”, aí se determinando um conjunto de medidas de proteção para pessoas vulneráveis que se apresentem incapazes de tomar decisões por si. Entre outras

²⁵³ PETIT JEAN, DELPHINE – *Favoriser le développement des droits des personnes âgées vulnérables au sein d’un ehpad et d’un foyer logements publics*, École des Hautes études en santé publique, Caldes, 2010, disponível em: <http://ressources.ensp.fr/memoires/2010/cafdes/petitjean.pdf>. Consultado em 22.01.2012, p. 27.

²⁵⁴ Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 299.

medidas, destacam-se o “Lasting Power of Attorney”, já supra referido, bem como a criação de um “Public Guardian”, responsável pelo arquivo e gestão dos “Lasting powers of Attorneys”, bem como os profissionais que poderão ser nomeados pelo tribunal, na inexistência de familiares ou amigos para o cargo. Foi ainda criado um tribunal especializado na matéria, designado com “Court of protection”, pertencente à estrutura do Supremo Tribunal de Justiça²⁵⁵.

Comparativamente com outros ordenamentos jurídicos, o atual sistema português não se apresenta como um modelo flexível na definição dos meios de tutela, o qual deveria, de acordo com a recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa e na senda do que vem sendo desenvolvido noutros países, apresentar “medidas suficientemente latas e flexíveis que permitam uma resposta jurídica apropriada aos diferentes graus da incapacidade e à variedade das situações (...)”. Nesse sentido, não respeita os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima, de acordo com os quais a medida deveria adequar-se ao grau de incapacidade do indivíduo e às suas necessidades, potenciando o exercício das suas capacidades²⁵⁶. Com efeito, não existe entre nós um regime alternativo a estes dois tipos de incapacidade. Perante a incapacidade do idoso, a opção será apenas entre a interdição ou a inabilitação, podendo esta ser total ou parcial, relativamente aos bens administrados, nos termos do artigo 154º do CC. Na procura de uma solução adequada às situações de incapacidade, recorre-se à apelidada “Alternativa Menos Restritiva”²⁵⁷, traduzida na aplicação das soluções menos lesivas para os direitos fundamentais das pessoas. Este critério assenta, desta forma, nos princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima, consagrados na recomendação nº R(99)4 do Conselho da Europa, bem como na CRP, no seu artigo 18º/2.

Numa perspetiva sintetizadora, afirma JORGE PINHEIRO que “os mecanismos de interdição e inabilitação (artigos 138º e ss.) estão longe de proporcionarem soluções adequadas: não

²⁵⁵ Cf. MARGRAVE, JENNIFER CHRISTINE - An Overview of Law in England and Wales relating to the Elderly, *ob. cit.*, pp. 177 e ss.;

²⁵⁶ Cf. V.V.A.A. - *Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica* Relatório da comissão de juristas, cit., p. 33.

²⁵⁷ VÍTOR, PAULA TÁVORA - *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção*, *ob. cit.*, p.185.

foram concebidos especificamente para a proteção de idosos; não cobrem situações de incapacidade temporária; valorizam pouco a autonomia das pessoas com capacidade diminuída; implicam processos morosos, que têm cariz estigmatizante e são, por vezes, dispendiosos”²⁵⁸.

Acrescentaríamos ainda que, desta breve resenha comparativa, parece confirmar-se as palavras de SALOMÉ BIOSCA, quando referia que “as recentes tendências no direito comparado apontam para uma conceção de proteção mais ampla que, em muitos casos é meramente administrativa sendo noutros também judicial, e cuja adoção não requer necessariamente a prévia declaração de incapacidade do sujeito e onde a vontade desta desempenha um papel fundamental em todo o processo de regulação”²⁵⁹.

²⁵⁸ PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 376.

²⁵⁹ BIOSCA ADROHER, SALOMÉ - *La protección de los mayores vulnerables*, ob. cit., p. 733.

VULNERABILIDADES

Nos capítulos anteriores focámos primordialmente a nossa atenção para a perspetiva do idoso, nas suas potenciais limitações e necessidades, nas obrigações das pessoas responsáveis por tais cuidados e nas consequências da violação dessas obrigações. Porém, não é possível perspetivarmos a problemática do envelhecimento se não atendermos às necessidades dos cuidadores e das famílias, também elas com necessidades concretas, em virtude da função assistencial que prestam e que influencia a sua vivência diária.

Na verdade, o cuidado com os familiares mais vulneráveis, neste caso, concretamente os idosos, representa para as famílias um excessivo encargo físico e psíquico, atentas as atuais condições disponíveis para o seu exercício. Neste sentido, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ²⁶⁰ distingue a dependência natural da **dependência consequencial**. Referindo-se a primeira à dependência primária da criança ou do idoso em situação de carência, sendo portanto uma dependência “desenvolvimental por natureza”, a dependência consequencial reporta-se, por sua vez, à situação derivada de dependência em que os cuidadores dos dependentes se veem confrontados, em razão da necessidade de conciliação das várias realidades pessoais e profissionais.

A dependência consequencial poderá traduzir-se na mera supervisão dos atos do idoso à necessidade de cuidado permanente, nos pequenos atos da vida corrente, influyendo, dessa forma, diretamente no quotidiano dos cuidadores²⁶¹, variando em razão dos

²⁶⁰ Cf. TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ - *Qualidade de vida: conciliação entre o Trabalho e a Família*, in “Lex Familiae”, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 6.

²⁶¹ A este respeito, a autora KARIN WALL refere-se a três graus de dependência. O primeiro grau refere-se a idosos que mantêm um baixo grau de dependência, os quais, apresentando algumas limitações de mobilidade, são capazes de assegurar os cuidados básicos, apenas necessitando de supervisão ou vigilância. O segundo grau refere-se aos idosos com média dependência que necessitam, não apenas de supervisão, mas de efetivo auxílio no desempenho de algumas atividades específicas, designadamente a toma de medicamentos ou

seguintes fatores: o grau de dependência primária, o grau de envolvimento pessoal do prestador de cuidados e o tipo de casa bem como o número de familiares para além do idoso e do cuidador²⁶². De forma a condensar os efeitos da prestação de cuidados nos cuidadores, utilizaremos a distinção adiantada por LUÍSA PIMENTEL E CRISTINA ALBUQUERQUE, distinguindo quatro domínios, a saber, o pessoal, o relacional, o financeiro e o profissional²⁶³.

No que respeita ao domínio pessoal, a doutrina alerta para os diversos impactos verificados na esfera individual do prestador de cuidados, realçando, designadamente, a necessidade de alteração de rotinas e o acréscimo de tarefas diárias, uma diminuição de atividades sociais e de lazer, mas também um desgaste físico e psicológico na própria saúde pessoal²⁶⁴. JOANA SOUSA RIBEIRO dá conta de um estudo efetuado pelo conselho económico e social da União Europeia, no ano de 1994, sobre os cuidados prestados pela família, o qual demonstrou custos significativos para os familiares, em destaque para os problemas de ordem física e de saúde mental, a redução de contactos sociais e o aumento dos custos financeiros, uma vez que “pode implicar um investimento a longo prazo, um agravamento das situações de stress, um afastamento das carreiras profissionais, um desgaste psicológico, uma limitação das relações sociais, a prestação de cuidados informais deteriora as relações familiares, e, indiretamente, as condições de vida dos próprios idosos”²⁶⁵.

Por sua vez, no domínio relacional as implicações são notórias, sendo raras as vezes em que a prestação de cuidados não afeta o conjunto das redes relacionais²⁶⁶, variando, não apenas em relação ao grau de dependência do idoso, mas também à posição adotada

banho. Um último grau reporta-se aos idosos que evidenciam uma elevada dependência, os quais não demonstram capacidades de efetuar as mínimas tarefas básicas. Vd. JOSÉ, SÃO JOSÉ/ WALL, KARIN - *Trabalhar e cuidar de um idoso dependente: problemas e soluções*, in “Cadernos Sociedade e Trabalho”, Vol. VII, Proteção Social, MTSS/DGEEP, Lisboa, 2006, p. 128.

²⁶² Cf. BRIS, HANNALORE JANI-LE – *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias*, Dublin, CLEIRPPA, 1993, p. 70.

²⁶³ Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 259.

²⁶⁴ Cf. RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 212.

²⁶⁵ Neste mesmo sentido, BRIS, HANNALORE JANI-LE – *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias*, Ob. Cit., p. 71.

²⁶⁶ Cf. *Ibidem*, p. 72. A autora alerta para o facto de a falta de comunicação e clareza entre familiares, motivadas pelo desinteresse dos restantes familiares ou pelo silêncio do cuidador, potenciarem o clima de desentendimento e crispação entre eles.

pelos restantes familiares perante a prestação desses cuidados, a qual pode ser positiva e de apoio ao prestador, mas também de distanciamento e censura.

Com efeito, os cuidadores verificam um decréscimo do tempo disponível para os restantes membros da família, especialmente as crianças e os cônjuges, o que potencia conflitos nas suas relações familiares, nomeadamente desentendimentos conjugais. Mas neste âmbito relacional destacam-se também os efeitos que esta relação de dependência poderá gerar na relação entre cuidador e pessoa que é cuidada, sendo frequentes as situações de stress e tensão entre eles, tanto mais intensificada quanto a sobrecarga de todas as tarefas sobre o cuidador.

Perante esta *vulnerabilidade consequencial*, um pouco mascarada face ao dependente principal, os restantes familiares e a comunidade têm um papel fundamental na atenuação destes efeitos, pessoais e relacionais. A família, no âmbito do seu dever recíproco de auxílio e respeito, na concretização das trocas intergeracionais, tem a obrigação de evitar os potenciais conflitos derivados dessa condição, valorizando e reconhecendo o papel do prestador de cuidados, e auxiliando nas restantes tarefas domésticas.

Por sua vez, a comunidade, no âmbito da sua função social de proximidade, deverá auxiliar o cuidador, não apenas por meio de apoio material, na cooperação dos cuidados efetivos, mas também pela dinamização de contacto entre cuidadores, de forma a quebrar o isolamento experiencial em que muitos se encontram, contrário ao acentuado ritmo de crescimento do número de cuidadores, o qual potencia um maior interesse dos cuidadores pela adequada prestação de cuidados, tendo também a função de minimizar a sobrecarga que sobre estas pessoas recaem.

Também na **sede laboral** se vislumbram drásticas as consequências causadas pelo envelhecimento populacional e pelo acréscimo do número de prestadores de cuidados. Com efeito, o envelhecimento da população originou o inevitável envelhecimento do próprio tecido laboral, bem como motivou o aparecimento de novas problemáticas com

as quais os trabalhadores se veem confrontados, em razão das suas responsabilidades familiares, nomeadamente com os seus entes idosos. Encontrando-se indissociáveis as responsabilidades pessoais familiares dos efeitos laborais, estudos demonstram que os prestadores de cuidados apontam como maiores dificuldades, no foro profissional, a necessidade de alteração e flexibilidade dos horários de trabalho, nomeadamente pela diminuição de hora de almoço ou a mudança da hora de entrada, bem como o alargamento das facilidades concedidas a trabalhadores com responsabilidades, aproximando o quadro legal relativo à maternidade à prestação de cuidados a idosos.

Mas em que se traduzem as responsabilidades parentais? A convenção nº 156 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) descreve-as como “as responsabilidades para com filhos a cargo e outros membros da família direta que tenham uma necessidade manifesta de cuidados ou amparo”²⁶⁷. Todavia, o Código do Trabalho não parece indicar nesse mesmo sentido, pelo menos expressamente, porquanto, a par dos direitos consagrados para a paternidade e maternidade, descreve no seu artigo 55º e 56º, referentes a condições facilitadoras para trabalhadores com responsabilidades familiares que tais preceitos se dirigem ao “trabalhador com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, com filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação”. Este diploma parece entender as responsabilidades familiares como as obrigações relativamente ao núcleo duro da família – pais trabalhadores e seus filhos – circunstância que não se coaduna, em absoluto, com a realidade crescente e patente do cuidado a ascendentes e outros familiares idosos.

Este conflito de conciliação da vida familiar com a pessoal trata-se efetivamente de uma violação ao dever constitucional de igualdade, na medida em que tal circunstância condiciona amplamente a igualdade de oportunidades e de tratamento no exercício da profissão, especialmente quando se trata das mulheres. De facto, o cenário das responsabilidades familiares reveste ainda uma natureza marcadamente feminina. Muito

²⁶⁷ Vd. Artigo 1º da Convenção 156 da Organização Internacional do Trabalho, adotada em 23 de junho de 1981, bem como a Recomendação 165 da OIT, ambas referentes à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e trabalhadoras com Responsabilidades Familiares.

embora o ingresso da mulher no mercado de trabalho tenha potenciado em parte uma alteração significativa de algumas premissas culturais e familiares, ela não deixou de ser a principal responsável por tais cuidados. Efetivamente, a mulher deixou de ser vista como a única responsável pelas tarefas domésticas e pela educação dos filhos, antes se tendo iniciado um processo de repartição dessas mesmas funções entre os cônjuges, em consonância com o princípio da igualdade dos cônjuges, traduzido em norma com a Reforma do Código Civil de 1977. Assim, foi afastada, por princípio, a ideologia da repartição de tarefas de género, de acordo com a qual o homem era o responsável pelo sustento do lar e da família, em oposição à mulher, que cuidava dos familiares e da casa. No entanto, apesar de alguma divisão, a mulher continuou a ser a principal responsável pelas tarefas anteriormente de sua exclusividade, acumulando essa dupla função laboral e doméstica²⁶⁸, a qual é acentuada pela atualmente maior instabilidade do vínculo conjugal e portanto menor segurança de um ambiente familiar solidificado sobre dois pilares – os cônjuges²⁶⁹.

Nesse sentido, verifica-se que as responsabilidades familiares se refletem muito mais na vida laboral das mulheres, as quais, sendo as principais cuidadoras dos filhos, dos familiares dependentes e do lar, se vêem forçadas a conciliar tais obrigações com a vida laboral, dessa forma conduzindo o seu caminho profissional em condições muitas vezes precárias, ou, no mínimo, em condições desiguais quando comparadas com o género masculino. Como referem alguns autores, a não discriminação das mulheres em relação aos homens no mercado de trabalho delinea-se meramente por tratar de igual modo ambos os géneros, circunstância que poderá traduzir-se numa atitude discriminatória, na medida em que não é tratado de forma diferente o que é diferente, de forma a atingir o mesmo resultado.

Por outro lado, a opção por parte da mulher da preterição da existência de uma vida laboral à permanência em casa, é frequentemente pouco viável, na medida em que,

²⁶⁸ Cf. JOSÉ, SÃO JOSÉ/ WALL, KARIN - *Trabalhar e cuidar de um idoso dependente*, ob. cit., pp. 125 e ss.

²⁶⁹ Sobre o papel da mulher na sociedade contemporânea, Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., pp. 258 e ss.

aliada à instabilidade dos vínculos conjugais e à diminuição do núcleo familiar, esse trabalho, tão vital para a família e a sociedade, não é valorizado, porquanto não representa uma retribuição pecuniária. Com efeito, o trabalho valorado estatisticamente e com relevância para as contas públicas restringe-se, *grosso modo*, ao trabalho remunerado. A atividade prosseguida sem contrapartida retributiva ou meramente a restrição laboral em função das necessidades de assistência familiar, como seja a prestação de cuidados a familiares, não é considerado trabalho, para esses fins.

Como esclarece MARIA VAZ TOMÉ²⁷⁰, os sistemas de segurança social não são sensíveis às necessidades de conciliação entre família e trabalho, o que não se coaduna com a realidade da maioria dos trabalhadores, e acrescenta “Deveriam ser adotadas medidas que permitam creditar os períodos dedicados aos encargos familiares nos sistemas pensionistas. As famílias sentem frequentemente necessidade de recorrer ao apoio da família alargada e da rede de vizinhança para suprir as dificuldades de conciliação entre a esfera familiar e laboral. (...) O padrão do mercado de trabalho devia ser antes o do indivíduo com uma dupla personalidade, profissional e familiar, o que representaria um passo significativo para a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, para a harmonização prática entre as responsabilidades profissionais e as responsabilidades familiares”.

Face ao exposto, o próprio conceito de trabalho deveria ser repensado. A sua restrição ao trabalho remunerado descarta todas as formas de trabalho não remunerado, prosseguidas por tantas pessoas, cujas tarefas são vitais para o bem-estar e funcionalismo da família e da sociedade, como sendo as tarefas domésticas, a prestação de cuidados a crianças e idosos, entre outras. Com efeito, não sendo atribuído valor económico ou social a este trabalho, ele é “invisível aos olhos da sociedade, das estatísticas e das contas nacionais”²⁷¹. Como clarifica HELOÍSA PERISTA “significa, em particular, conhecer e valorizar, de forma equitativa e justa, o contributo das diferentes formas de trabalho, pago e não

²⁷⁰ Cf. TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ - *Qualidade de vida: conciliação entre o Trabalho e a Família*, ob. cit., p. 10.

²⁷¹ PERISTA, HELOÍSA - *Usos do tempo, ciclo de vida e vivências da velhice*, Lisboa, Ministério do Trabalho e da solidariedade, 1999, p. 168.

pago, e os correspondentes investimentos em tempo, esforço e competência, por parte de homens e de mulheres, em diferentes fases do seu ciclo de vida pessoal, profissional e familiar”²⁷². Já em 1976 JACINTO BASTO mencionava o “salário familiar” atribuído às mulheres que permanecessem em casa, tratando das lides domésticas e da educação dos seus filhos como um das medidas que o Estado deveria adotar²⁷³.

Do exposto se retira que as condições familiares restringem em larga medida a vida profissional dos trabalhadores, em especial as mulheres, forçadas a aceitar condições de trabalho mais precárias de forma a conciliá-lo com as responsabilidades familiares, circunstância que se intensificará com o acréscimo da população idosa, em especial da muito idosa ou da quarta idade, a qual necessita de um acompanhamento constante ou frequente por parte de terceiros, recaindo esses cuidados sobre a família.

Mas a adequada conciliação entre trabalho e família não traz implicações apenas para a família, antes se trata de uma questão de interesse público, na medida em que a inexistência de condições de conciliação implicarão a menor produtividade e capacidade de trabalho do trabalhador, posição aliás expressa na Resolução 165 da OIT, de 23 de junho de 1981²⁷⁴. É, pois, fundamental que o mercado de trabalho seja sensível a esta problemática e promova, em conjunto com os trabalhadores e o Estado, alternativas para a diminuição desses efeitos económicos, físicos e psíquicos no seio familiar, concebendo o tempo de trabalho numa perspetiva ampla, de forma a abranger as responsabilidades familiares dos trabalhadores^{275 276}.

²⁷² PERISTA, HELOÍSA - *Usos do tempo, ciclo de vida e vivências da velhice*, ob. cit., p. 172.

²⁷³ Cf. BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES - *Direito da Família segundo o código civil de 1986*, ob. cit., artigo 1576º. Defendendo semelhante solução, Vd. ainda DABOVE CARAMUTO, MARIA ISOLINA – *Los Derechos de los Ancianos*, ob. cit., p. 457.

²⁷⁴ Os artigos 32 e 33 da Resolução 165 da OIT, de 23 de junho de 1981 estabelecem que, “As autoridades e organismos competentes de cada país devem fomentar toda ação pública e privada que seja possível para aliviar a carga que têm os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. Devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e possibilidades nacionais para estabelecer serviços de ajuda domiciliar e de cuidado a domicílio adequadamente regulamentados e supervisionados, que possam proporcionar aos trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, em caso de necessidade, uma assistência qualificada a um custo razoável de acordo com suas possibilidades económicas.”.

²⁷⁵ Cf. TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ - *Qualidade de vida: conciliação entre o Trabalho e a Família*, p. 10.

²⁷⁶ Neste sentido, vd. O acórdão 86/2004-4 do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-06-2004, disponível em: www.dgsi.pt. Consultado em 17.01.2012. Perante os obstáculos colocados por uma trabalhadora com responsabilidade parentais com o seu pai e o seu filho face à deslocação das instalações da empresa para outro local a cerca de 20km da sua residência, facultou a entidade empregadora

No domínio financeiro não são tão manifestas as implicações da prestação de cuidados, na medida em que a generalidade dos idosos é capaz de cobrir as suas despesas de saúde e medicamentosas com os seus rendimentos²⁷⁷. Neste âmbito, cumpre ressaltar a consideração fiscal da família, atribuindo a CRP relevância aos encargos e às solidariedades familiares, como se consagra no artigo 67º/2,f)²⁷⁸, mais acrescentando o artigo 6º da Lei Geral Tributária que “a tributação respeita a família e reconhece a solidariedade e os encargos familiares, devendo orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem”²⁷⁹.

Curioso verificar que, nos termos do Decreto-Lei 176/2003, de 2 de agosto, e da Portaria n.º 511/2009, de 14 de maio, o apoio social conferido aos encargos familiares, no âmbito da proteção familiar, respeita ao abono de família para crianças e jovens e ao subsídio de funeral, mantendo-se a bonificação por deficiência prevista no Decreto -Lei n.º 133 -B/97, de 30 de maio²⁸⁰.

Verifica-se, deste modo, um evidente desfasamento entre a realidade jurídico-política e a realidade das famílias, cujos encargos com familiares idosos são concretos e muitas vezes oneram excessivamente os cuidadores, sendo a realidade jurídica insensível a esta

veículo próprio sem custos financeiros e permissão para se ausentar sempre que o pai idoso necessitasse de assistência, designadamente para o acompanhar a consultas médicas. De ressaltar que a alegação feita pela trabalhadora no sentido de assegurar as refeições ao seu pai no horário de almoço não foi analisada pelo Tribunal, por não ter sido atempadamente invocada, pelo que a ela também não nos referiremos. Todavia, a confirmar-se esta última necessidade, a perspetiva face ao caso poderia ser divergente, porquanto se deveria atender também às condições de satisfação de necessidade da pessoa assistida.

²⁷⁷ Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 180.

²⁷⁸ Consagra o artigo 67º/2,f) da CRP que “Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família (...) regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares”.

²⁷⁹ Sobre a consideração fiscal da família, vd. NABAIS, JOÃO CASALTA - *Direito Fiscal*, 6ª. Ed., Almedina, 2010, ISBN 9789724043777, pp. 158 e ss.

²⁸⁰ Estabelece o artigo 3º do Decreto-Lei 176/2003 que, “1 - A proteção nos encargos familiares concretiza-se através de atribuição das seguintes prestações: a) Abono de família para crianças e jovens; b) Subsídio de funeral. 2 - O abono de família para crianças e jovens é uma prestação mensal, de concessão continuada, que visa compensar os encargos familiares respeitantes ao sustento e educação das crianças e jovens. 3 - O subsídio de funeral é uma prestação de concessão única que visa compensar o respetivo requerente das despesas efetuadas com o funeral de qualquer membro do seu agregado familiar ou de qualquer outra pessoa, incluindo os nascituros, residente em território nacional.”.

problemática, num clarividente desrespeito pelo princípio da coesão intergeracional, consagrado no artigo 13º da Lei 4/2007, de 16 de janeiro²⁸¹.

No ido ano de 1989, foi aprovado o Decreto-Lei 141/89, de 28 de abril, o qual consagra a figura do ajudante familiar, uma pessoa que, em cooperação com as instituições de suporte, prestam serviços domiciliários a pessoas idosas quando as famílias não possam, por qualquer razão de ordem, executá-los. Contrariamente ao que seria expectável, parece que, com o passar dos anos e a intensificação do envelhecimento populacional e das suas problemáticas sociais e familiares, o legislador moderou a produção legislativa no sentido do apoio aos familiares com dependentes idosos a cargo. Seria adequado que tal movimento legislativo ressurgisse, para bem dos seus beneficiários.

No estudo prosseguido por KARIN WALL, muito embora os seus beneficiários reconhecessem a sua essencialidade no equilíbrio das suas responsabilidades pessoais e profissionais, todos apontavam como maiores lacunas a insuficiência do número de horas dispendido a cada idoso, a necessidade de um horário mais alargado em apoios como os centros de dia, compatíveis com os horários de trabalho, bem como a acreditação dos prestadores formais, porquanto a qualidade do serviço prestado não é garantida. A sua maior limitação prende-se, no entanto, com razões de ordem financeira, em razão dos custos que tais recursos acarretam, tornando-o inalcançável para muitas famílias.

De acordo com o cenário agora traçado em superficiais pinceladas, os idosos e as suas famílias demonstram uma necessidade efetiva de proteção por parte da sociedade e do Estado, a qual se revelará cada vez mais premente, em função do crescente ritmo de envelhecimento da população.

No âmbito da **intervenção do Estado**, entendemos que o plano de atuação deverá ser pensado numa dupla vertente: revalorização e ação²⁸².

²⁸¹ Artigo 13º - “O princípio da coesão intergeracional implica um ajustado equilíbrio e equidade geracionais na assunção das responsabilidades do sistema.”

²⁸² Cf. CRUZ, MANUEL BRAGA DA – Desigualdade Social e Pessoa Idosa, *ob. cit.*, p. 54; e GUIMARÃES, PAULA - *Famílias e envelhecimento*, *ob. cit.*, p. 98.

A primeira vertente visa combater a cultura de desvalorização do idoso que parece ter atingido as sociedades modernas, intervindo junto da comunidade, mas também do próprio idoso, valorizando o **papel do idoso no seio da família e da comunidade**.

Na verdade, com a entrada na reforma, assiste-se àquilo que MANUEL BRAGA DA CRUZ apelida de “marginalização das estruturas produtivas”²⁸³, ao serem arredados da vida ativa, ainda que se encontrando plenamente capazes de a prosseguir, perdendo o seu objetivo utilitário e a sua capacidade de rendimentos, o que dificulta, por sua vez, a sua integração social e cultural. Por outro lado, tal marginalização desemboca na marginalização política, ao verem a sua força reivindicativa e decisória afastada ou diminuída do cenário político, sentindo a ostracização da população adulta. Desta forma se castra a autonomia dos idosos, e se perde a mais-valia que estes representam para as famílias e a sociedade em geral.

Neste sentido, se tem incentivado uma política laboral diferente, a ser adotada por trabalhadores e empregadores, tendo por objetivo, entre outros, o alargamento da idade da reforma, o incentivo aos trabalhadores idosos (indivíduos entre os 55-64 anos) que prossigam a sua vida laboral (em tempo inteiro ou parcial), bem como aos empregadores que acolham e mantenham esses trabalhadores, em detrimento das reformas antecipadas; a formação técnica desses trabalhadores e de idosos desempregados, sendo esse o caminho a traçar para evitar a perda de retribuição associada à idade; criação de legislação contra a discriminação dos trabalhadores mais velhos²⁸⁴; ou a criação de formas de organização laboral, de modo a conciliar o trabalho com as capacidades físicas e cognitivas dos trabalhadores²⁸⁵. Neste sentido caminha também a legislação comunitária, sendo dela exemplo a Resolução do Conselho e dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho, de 29 de junho de 1995, sobre o

²⁸³ CRUZ, MANUEL BRAGA DA – “Desigualdade Social e Pessoa Idosa, *ob. cit.*, p. 52.

²⁸⁴ Num estudo coordenado por LUÍS GOMES CENTENO, com base em 700 inquéritos, 80% dos inquiridos considerava existir discriminação dos trabalhadores mais velhos, dentre os quais 50% consideravam manifestar-se na fase de recrutamento. Cf. PESTANA, NUNO – [rec. a.] CENTENO, LUÍS GOMES - *Envelhecimento e Perspetivas de Luta contra as barreiras da idade no emprego*, e [rec. a]- ANA ALEXANDRA - *Envelhecimento e Perspetivas de Criação de emprego e necessidades de formação para a qualificação de recursos humanos*, in “Revista Sociedade e Trabalho”, nº 37, 2009, p. 157.

²⁸⁵ Cf. GONÇALVES, CARLOS MANUEL/ DIAS, ISABEL - *Envelhecimento e emprego dos trabalhadores mais velhos*, *ob. cit.*, p 28.

emprego dos trabalhadores idosos (95/C 228/01), convidando Estados-Membros e parceiros sociais a fomentarem, no âmbito das legislações e políticas internas a melhoria a adaptação das condições de trabalho e formação profissional dos trabalhadores idosos, prevenindo a sua exclusão do mercado de trabalho, dessa forma se efetivando o Direito ao trabalho, consagrado no artigo 58º da CRP, o qual não deverá ser vedado em função da idade.

Por outro lado, no seio das famílias e das comunidades, deve promover-se, no âmbito de uma política de revalorização, a intervenção e integração dos idosos, porquanto, também aí as funções por estes desempenhadas se revelam inigualáveis, não tendo ainda a sociedade vislumbrado a mais-valia que os idosos representam, em parte em razão da imagem débil e enfraquecida do idoso perante aquela. De facto, o idoso não pode ser perspectivado apenas como uma pessoa objeto de proteção e assistência por parte das famílias e do Estado. Tal perceção só servirá para enfraquecer a posição dos idosos no seio da comunidade, diminuindo na sua real importância no trato da sociedade, nas palavras de JOÃO CÉSAR DAS NEVES “deixou de haver uma relação natural com a velhice (...) somos a primeira época que respeita mais a juventude do que a velhice. Podemos dizer, com alguma crueza, que vivemos na primeira sociedade que trata os idosos como um produto fora de prazo”²⁸⁶, realidade que se revela nefasta, não apenas para os idosos que se sentem marginalizados e excluídos do quotidiano social, mas também para a sociedade que perdeu diariamente um pedaço de história e cultura. O autor relaciona diretamente a postura protecionista em relação aos idosos com a sua perda de autoridade e respeito perante a sociedade.

Com efeito, após a entrada na reforma, é comum a necessidade de objetivos e propósitos pessoais ou sociais, atendendo à difícil adaptação a um período de maior disponibilidade de tempo. Nesse sentido, o associativismo e o voluntariado, duas plataformas ainda muito negligenciadas, apresentam-se como formas de integração dos idosos na

²⁸⁶ NEVES, JOÃO CÉSAR DAS - *Economia dos e para os idosos*, ob. cit., pp. 36 e 37.

sociedade, tornando-se úteis e gerando proveitos à comunidade²⁸⁷, ou seja, apresenta duas grandes vertentes, por um lado funcionando em prol da inclusão, coesão e bem social, sendo, simultaneamente um meio gerador de oportunidades e desenvolvimento social²⁸⁸.

Como referem LUÍSA PIMENTEL E CRISTINA ALBUQUERQUE, “com um património experiencial acumulado e um sentido de poupança pouco comum entre as gerações mais jovens, as pessoas idosas, quando integradas em redes de entreajuda, podem revelar-se um alicerce fundamental na sustentação das mesmas.”²⁸⁹, representando essa mesma *sabedoria acumulada*, nas palavras de NUNO RODRIGUES GRANDE, “(..) um direito do idoso e da comunidade, que deve corresponder garantindo-lhe os benefícios da vida social”²⁹⁰, efetivado no direito de partilha de tal saber com a comunidade, mas também da própria comunidade receber e tomar conhecimento desses ensinamentos, nesse sentido se devendo interpretar o direito de “participação ativa na vida da comunidade”, ao abrigo do artigo 72º/2, última parte da CRP.

É nesta perspetiva de valorização do idoso e da sua “sabedoria acumulada” que deverão ser perspetivadas as relações intergeracionais. Por tal razão, a autora ALEXANDRA LOPES²⁹¹ critica a conotação política conferida ao conceito de relações intergeracionais, especialmente nos debates sobre a subsistência dos sistemas de proteção social, ou as responsabilidades familiares relativamente a pessoas idosas, de forma a minorar os encargos estaduais, surgindo frequentemente argumentos como o da desproporcionalidade e desigualdade do sistema social para idosos e jovens, na medida em que estes últimos se sentem penalizados pela sobrecarga no seu contributo laboral, em razão da diminuta força laboral em comparação com a crescente percentagem de

²⁸⁷ Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 256.

²⁸⁸ DUARTE, PEDRO - *Da caridade à solidariedade. As controvérsias públicas na construção do espaço comum – Configurações da mobilização política*, Comunicação X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 19 de março de 2011, disponível em: <http://repositorio.ipv.pt/bitstream/10400.19/972/1/Comunica%C3%A7%C3%A3o%20X%20Congresso%20Luso-Afro-Brasileiro%20de%20Ci%C3%A7%C3%A2ncias%20Sociais.pdf>. Consultado em 17.01.2012.

²⁸⁹ PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 256.

²⁹⁰ GRANDE, NUNO RODRIGUES - *Os Direitos específicos dos idosos*, ob. cit., p. 19.

²⁹¹ Cf. LOPES, ALEXANDRA - *Trends and challenges in generational Ageing: some introductory notes on the European Context*, in Conferência DIAL-UP: Intergenerational Activities Locally: Unchain Your Potential, Porto, 2009, p.3.

população inativa. Por força de tal conotação, as responsabilidades inerentes ao envelhecimento são frequentemente associadas a uma ideia de fardo para as famílias e as sociedades. Por outro lado, a Autora alude ainda à percepção generalizada de que as relações intergeracionais são unilaterais, na medida em que os idosos precisam muito mais dos jovens do que estes dos primeiros, ideias reforçadas pelas ideologias políticas sociais, as quais, sob a égide da proteção de direitos e garantias, segmentarizam a família de acordo com o critério da idade, não a concebendo como uma unidade institucional, palco privilegiado dessas trocas intergeracionais. Os idosos têm um papel preponderante na dinâmica familiar e nessa troca intergeracional, especialmente no quotidiano dos netos, mas também no apoio aos filhos, designadamente económico.

Desta forma, verifica-se que o papel do idoso na sociedade e na família trata-se, antes de mais, de um problema de natureza cultural, sendo necessária uma mudança drástica de mentalidades, permitindo aos idosos reconquistar o seu lugar perante os seus pares. Nesta linha de pensamento, CONSTANÇA PAÚL afirma que “as crianças aprendem a olhar os velhos através dos olhares dos seus pais, dos seus professores, dos seus pares (...) e aprendem eles próprios a envelhecer com base nessas imagens que os rodeiam que se entranham neles, que se transformam em comportamentos e vivências do presente e do futuro”²⁹². A solução passará, portanto, por uma política educativa e pedagógica, intra e intergeracional, de promoção da qualidade dos idosos para a sociedade e para cada indivíduo, sabendo que esta é uma luta de todos e por todos. Como sensatamente refere JOÃO CÉSAR DAS NEVES, “A velhice é, sim, vista como a privação dos prazeres, porque se viveu toda a vida para as sensações. Enquanto a velhice for, simplesmente, a espera da morte, ela perde o sentido. E, não tendo sentido, a «terceira idade», por melhor que seja, não passa de uma prisão dourada.”²⁹³

No que respeita à **vertente da ação**, centramos a estratégia estadual na execução de uma política familiar de unidade, tida na sua completude institucional, recentrando a

²⁹² PAUL, CONSTANÇA - *Envelhecimento ativo e redes de suporte social*, ob. cit., p. 282.

²⁹³ NEVES, JOÃO - *Economia dos e para os idosos*, ob. cit., p. 46.

valorização da família no seio da sociedade em conformidade com a resolução do Conselho de Ministros nº 7/99, de 9 de fevereiro, em oposição à visão fragmentada e individualizada dos seus membros.

PAULA GUIMARÃES ressalta a inexistência de uma política familiar que abranja todas as gerações, captando a sua conceção alargada e responsável²⁹⁴. Nessa política familiar se integra o apoio às famílias por meio de estruturas e equipamentos sociais, auxiliando-as na sua função assistencial, nomeadamente na formação dos cuidadores de dependentes idosos, com vista a assegurar a efetivação dos cuidados essenciais à pessoa idosa, bem como a diversificação e multiplicação dos apoios sociais de auxílio às famílias na prestação de cuidados, traduzidas em apoio domiciliário, residências temporárias, entre outras, permitindo às famílias manter hábitos sociais, profissionais e de lazer sabendo que os seus familiares se encontram bem e em segurança²⁹⁵, não descurando o auxílio material à família e aos seus membros perante a inexistência de condições que assegurem o adequado bem-estar por parte desta. Não sendo o escopo deste estudo a análise dos programas políticos atualmente vigentes com vista à concretização de tais medidas, referiremos apenas que é em matéria de Segurança Social que se verifica uma maior preocupação politico-legislativa relativamente a pessoas idosas²⁹⁶.

A proteção à família, constitucionalmente consagrada, deverá, portanto, ser vista numa aceção mais lata, aglutinando não apenas a assistência ao vulnerabilizado, mas antes agindo numa perspetiva preventiva e pedagógica face ao próprio, à família e à sociedade, com vista à modificação de mentalidades e hábitos culturais, numa expansiva disseminação dos direitos dos idosos.

²⁹⁴ Cf. GUIMARÃES, PAULA - *Famílias e envelhecimento*, ob. cit., p. 98.

²⁹⁵ Sobre a diversidade das respostas sociais vd. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., pp. 128 e ss. A autora refere-se ainda à institucionalização dos idosos, a qual, como refere, é sempre perspetivada pelos familiares como um último recurso, face à total impossibilidade de assegurar os cuidados necessários junto da rede informal de solidariedade. Nesse sentido, e muito embora se reconheça que o negativismo inerente à ideia de institucionalização dos idosos é um mito, ROSA MARTINS realça a preponderância do ambiente residencial para o bem-estar físico e psicológico do idoso, porquanto aí se preservam os valores culturais identitários das pessoas. A autora esclarece ainda que o principal motivo para a institucionalização do idoso não se prende tanto com perda de autonomia ou problemas de saúde, mas ao isolamento a que muitas vezes se encontram votados, Cf. *Ibidem*, pp. 136 e ss.

²⁹⁶ De destacar os seguintes apoios: Pensão Social, para idosos que não efetuaram descontos e que não auferam rendimentos de outra natureza; Pensão Mínima, apoio atribuído aos pensionistas de invalidez e velhice do regime geral; Complemento de Dependência, apoio para pessoas em situação de dependência. Disponível em: <http://www2.seg-social.pt/>. Consultado em 17.01.2012.

Neste sentido, tem sido discutida pela doutrina a criação de comissões de proteção de idosos, à semelhança das existentes comissões de proteção de menores. Tal como JORGE DUARTE PINHEIRO, que defende a existência de tais organismos²⁹⁷, entendemos também que a crescente massificação da problemática envolvente, aliada à falta de consciencialização e aculturação por parte da sociedade e das famílias justificam uma maior ingerência estadual, à semelhança da proteção para crianças e jovens, numa perspetiva de ação e prevenção.

No ordenamento jurídico espanhol, foi criado o designado modelo funcional ou assistencial, traduzido num “modelo misto de tutela e guarda administrativa, sendo o acolhimento uma forma de exercício de ambas, por meio do qual várias situações de risco como o abandono, dão lugar à intervenção das entidades públicas com o intuito de garantir a sua efetiva e real proteção.”²⁹⁸. Tal instituto visa atingir as situações em que os idosos dispõem de todas as suas faculdades mentais, mas são, de algum modo, sujeitos necessitados de proteção, devendo, como tal, as instituições públicas atuar como garantes do seu bem-estar.

O principal argumento contra a criação de um instituto traçado em termos semelhantes à Comissão de Proteção das Crianças é invocado no sentido de que com tal medida se estaria a desfragmentar o conceito de família, dividindo os seus membros em razão da idade, não se devendo isolar os idosos do grupo social da classe dos adultos. Na verdade, como verificámos já, o sentimento de protecionismo gerado no seio da sociedade potenciou a desconsideração ou o desvalor dos idosos, daí resultando o esquiteamento da sua autonomia e da sua intervenção no ambiente familiar e social. Somos sensíveis ao argumento da fragmentação da família como instituição, acreditando ainda que os problemas e conflitos infligidos a menores e idosos não são passíveis de resolução sem o trabalho junto da família, como um todo, numa perspetiva de unidade, pelo que julgamos mais adequado o conceito de uma **Comissão de Proteção da Família**, agregando nela as

²⁹⁷ Cf. PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, ob. cit., p. 376.

²⁹⁸ DURÁN AYAGO, ANTONIA – *Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos*, ob. cit., p. 445.

comissões de proteção de crianças, de idosos e de adultos incapazes. Com efeito, a proteção da família, enquanto Instituição, constitui um compromisso constitucional e político, pelo que consideramos que essa mesma proteção passa também pela criação deste tipo de mecanismos, cuja linha de orientação deverá passar por um auxílio e proteção sem desresponsabilização. O preâmbulo do Decreto-Lei nº 176/2003, de 2 de agosto, permite clarificar este juízo, aí se consagrando que “Na sociedade atual a família constitui um espaço privilegiado de realização da pessoa e de reforço da solidariedade entre gerações, sendo dever do Estado cooperar, apoiar e estimular o desenvolvimento das funções específicas da família, sem que tal signifique uma substituição na assunção das responsabilidades que lhe são e devem ser próprias.”

Neste contexto, revelam-se sábias as palavras de ALBERTO ESTEVES, proferidas num outro sentido, mas igualmente aplicáveis a esta realidade, “A família deve constituir (...) um todo, uno e completo. Tentativas parciais de proteção e restauração neste todo, são de vitória difícil, íamos dizer impossível, pois que os males não debelados se encarregam de destruir os benefícios introduzidos”²⁹⁹.

Para além da família e das redes informais, existem ainda dois vetores no sistema de prestação a idosos, a saber, os serviços formais e as instituições de acolhimento coletivo. A situação ideal e que deverá constituir um fim para as políticas sociais, é a concertação dos três eixos, no sentido de conceder aos idosos a satisfação adequada das suas necessidades, sem sobrecarregar nenhum dos agentes prestadores³⁰⁰.

Contudo, face à insuficiência na rede de apoios sociais, a doutrina caracteriza o atual Estado-Providência como fraco³⁰¹, mais considerando BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS que se

²⁹⁹ ESTEVES, ALBERTO - *A família, s.l.*, 1932, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/3174.pdf>, p. 68. Consultado em 17.01.2012.

³⁰⁰ BRIS, HANNALORE JANI-LE – Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias, *ob. cit.*, p. 106.

³⁰¹ Cf. PORTUGAL, SÍLVIA - *Família e política social em Portugal*, in “Direito da Família e Política Social”, Porto, 2001, Publicações Universidade Católica Portuguesa, p. 22. A autora traça uma resenha histórica que permite compreender, de alguma forma, as lacunas existentes no âmbito do apoio social, nomeadamente a sua recente proveniência. Esclarece a autora que a implementação do Estado-Providência em Portugal revelou-se mais tardia, em virtude da persistência de um regime ditatorial, que promoveu a solidariedade familiar e comunitária como os pilares fundamentais do apoio social, pelo que o Estado detinha parca intervenção no que respeita a políticas sociais. Para além do mais, o processo de desruralização da sociedade fez-se muito tardiamente, pelo que, a partir de 1974, os

trata na verdade de um Semi-Estado-Providência³⁰², o qual coexiste com uma **sociedade-providência** forte, caracterizando-a como “a configuração de redes de relações de interconhecimento, de reconhecimento mútuo e de entreajuda baseadas em laços de parentesco e de vizinhança, através das quais pequenos grupos sociais trocam bens e serviços numa base não mercantil e com uma lógica de reciprocidade”³⁰³. Todavia, atendendo à conjuntura económica, social e laboral, também a sociedade-providência vem atravessando dificuldades, razão pela qual SÍLVIA PORTUGAL questiona se, face a tal conjuntura, as famílias terão capacidade para suportar encargos acrescidos. Também JOANA SOUSA RIBEIRO lança a mesma questão, acrescentando ainda que o descomprometimento do Estado e a deficiências das ajudas públicas enfraquecem o investimento das famílias na prestação de cuidados aos seus familiares³⁰⁴. Com efeito, pese embora a diversidade dos apoios sociais, o ritmo do envelhecimento não tem permitido o seu acompanhamento, sequer a sua satisfação³⁰⁵.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, alertando também para a crise não só do Estado-Providência, mas da sociedade-providência, dadas as dificuldades supra assinaladas, realça o fortalecimento de novas ramificações destas últimas, as quais não se pretendem substitutivas mas cooperativas com aquelas outras, nomeadamente as Instituições Particulares de Solidariedade Social, as quais se encontram inseridas no sistema de proteção social, sendo tuteladas pelo Estado ou financiadas, mas dispendo de autonomia administrativa. Tais instituições são reguladas, entre outras normas, pelo Decreto-Lei

primeiros passos no sentido da promoção do Estado-Providência se faziam ao mesmo tempo que nos outros países da Europa se reconhecia já as deficiências desse mesmo sistema. A partir de 1982, verificou-se uma necessidade de contenção de despesa que afetou a aproximação de Portugal aos modelos de produção de bem-estar estatal verificados noutros países. Neste mesmo sentido aponta KARIN WALL, realçando que ainda não se tinham desenvolvido os serviços de apoio aos mais vulneráveis, quando, nos anos 80, se começou a reduzir a despesa pública, incentivando a prossecução de tais serviços através de instituições privadas não lucrativas. Cf. WALL, KARIN - *Apontamentos sobre a família na política social portuguesa*, in “*Análise Social*”, Vol. XXX, nº 131-132, s.l., 1995, p. 455.

³⁰² Sobre a perspetiva histórica do Estado-Providência, vd. VAZ, ESTER/ SILVA, BERTA/ SOUSA, ISILDA - *Configurações de Vida na Velhice*, Ob. cit., p. 195, onde se reforça a ideia de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS do Semi-Estado-Providência. Assim, salientam as autoras, “A demonstrar a crise vivida no âmbito das políticas sociais de velhice em Portugal veja-se a discrepância temporal entre a Constituição de 1976, na qual era defendida a criação de uma política de terceira idade, e a efetiva preocupação com ela. Só a 24 de outubro de 1979 foi criado por despacho ministerial um grupo de trabalho para efetuar uma caracterização sumária da situação da população idosa nacional e propôr uma política integrada para este grupo.”.

³⁰³ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA - *Sociedade-Providência ou autoritarismo social?*, ob. cit., p. 46.

³⁰⁴ RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 214.

³⁰⁵ Cf. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., p. 130.

119/83, de 25 de fevereiro, as quais se apresentam, nas palavras do autor “mais formais, mais diferenciadas funcionalmente e com uma articulação mais orgânica com a providência estatal ou com a providência mercantil”³⁰⁶, nelas se efetivando o papel da comunidade nesta temática, diminuindo a sobrecarga que sobre as famílias recai, por meio do apoio a idosos, mas também ao cuidador. As IPSS têm um papel vital na execução dos cuidados no domicílio, encontrando-se a organização da maioria de tais serviços a seu cargo, mas tendo um papel relevante noutros equipamentos sociais, como os lares, os centros de dia ou as residências temporárias de recuperação.

Temos, portanto, que a adequada solução assentará, como avança grande parte da doutrina, num **sistema misto de solidariedade**, numa lógica de cooperação e proteção conducentes a um mesmo fim – a proteção da família e dos seus membros, numa “lógica de complementaridade e não de concorrência ou exclusividade”³⁰⁷.

Para tal, é vital o reconhecimento social dos prestadores de cuidados, garantindo-lhes meios que proporcionem o equilíbrio entre a prestação de cuidados e as restantes responsabilidades pessoais e profissionais. Como refere JOANA SOUSA RIBEIRO, noutros países esse reconhecimento social vem sendo alcançado pela adoção de medidas sociais como a formação técnica dos prestadores de cuidado e a atribuição de uma remuneração³⁰⁸. Assim, paralelamente ao estímulo à reciprocidade e solidariedade familiares, gratuitas, o poder público tem a obrigação de assegurar as adequadas condições, em qualidade e quantidade, dos serviços sociais prestados à família e aos seus familiares³⁰⁹. Porém, um receio frequentemente invocado contra a maior responsabilização das famílias com os seus familiares idosos prende-se com a potencial erosão dos laços familiares, pela “evidenciação das relações de poder e de dever”³¹⁰. Entendemos, no entanto, que tal receio não mais é que um problema de ordem cultural,

³⁰⁶ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA - *Sociedade-Providência ou autoritarismo social?*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, nº 42, 1995, p. V.

³⁰⁷ PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 253.

³⁰⁸ Cf. RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento*, ob. cit., p. 215.

³⁰⁹ Cf. PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 254

³¹⁰ *Ibidem*.

o qual será evitado por força da educação pedagógica das famílias, incentivando-as a apoiarem os seus familiares dependentes, da forma que só a família o pode fazer, pela via do amor e afeto familiar.

Diferentemente da responsabilização familiar, reconhece-se que os crescentes encargos que sobre o grupo familiar recaem podem potenciar essa erosão dos vínculos e o acréscimo das tensões e dos conflitos, não apenas entre cuidador e dependente, mas também em relação a outros familiares. Também nesta sede o poder público tem o papel primordial de proteger a instituição da família e os seus laços, evitando tal desgaste, por meio da criação de mecanismos de auxílio ao cuidado com os familiares dependentes que permitam aos cuidadores e à restante família gerir de forma equilibrada a sua vida profissional, pessoal e social, sem perspetivar o dependente como um encargo, antes se interessando e motivando pela maior proximidade afetiva gerada pela relação de dependência entre familiares.

Neste sentido, referem LUÍSA PIMENTEL E CRISTINA ALBUQUERQUE que “A falta, desconhecimento ou inadequação de serviços de proximidade, que poderiam atenuar a sobrecarga do cuidador e facilitar a assunção de responsabilidades, pode ser um fator desmobilizador dos esforços familiar”.³¹¹ Com efeito, o apoio e o contacto com profissionais e terceiros conhecedores da situação que experienciam familiares e pessoa idosa podem traduzir um elemento fundamental na orientação, acompanhamento e monitorização dos cuidados adequados e da própria relação entre familiares. Os apoios sociais, designadamente o apoio domiciliário, devem envolver os agentes pertencentes às redes de suporte informal, como sejam amigos, vizinhos e familiares, de forma a torná-los parte desse processo de apoio, numa vertente pedagógica³¹². Como tão bem sumariza RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, entendimento do qual comungamos, “a intervenção do Estado deve apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive

³¹¹ PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família*, ob. cit., p. 259.

³¹² Cf. MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, ob. cit., p. 139.

de amplas manifestações de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”³¹³.

³¹³ PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA - *Princípios Fundamentais norteadores do Direito da Família*, s.l., Editora Del Rey, 2005, pp. 156 e ss.

CONCLUSÃO

Em jeito de considerações finais, porque a pesquisa levada a cabo enriqueceu a nossa perspetiva empírica e jurídica sobre o Envelhecimento, permitindo vislumbrá-la na sua dimensão plena e complexa, julgamos adequado reportar-nos, nesta sede, às principais conclusões retiradas neste processo contínuo de saber, plasmado na dissertação agora apresentada.

Mas, antes de mais, num juízo de humildade académica, de referir o carácter, porventura, amplo e diversificado da exposição do tema escolhido. Com efeito, a especificação do Envelhecimento no foro jurídico revelou-se uma tarefa árdua, relevando-se, aos nossos olhos, em vários momentos, necessária a alusão a aspetos não jurídicos, concretizadores da temática a abordar. Tais alusões não têm uma função meramente contextualizadora, mas antes se revelaram parte do tema, porquanto nelas se reconhece a primordial função de moldar o respetivo pensamento jurídico, pelo que, apenas dominando ou reconhecendo a relevância do envelhecimento noutras matérias não jurídicas, se alcançaria aquela que entendemos ser a forma de perspetivar o envelhecimento no seio do Direito da Família. Dessa forma, revelou-se imperiosa a abordagem de temáticas como as problemáticas e os desafios a que se encontram sujeitos os familiares e cuidadores dos idosos, tratada no último capítulo, respeitante às Vulnerabilidades, na medida em que se revela, diríamos, de possível execução assegurar o exercício da cidadania por parte do idoso quando se manifestam patentes, no seu quotidiano, as consequências do Envelhecimento para a família. Referimo-nos ainda ao enquadramento feito no primeiro capítulo, o qual realça as causas, efeitos e problemáticas do envelhecimento numa perspetiva geral e conceptual. Entendemos tais considerações como a melhor forma, senão única, de perspetivar o Idoso no seio da família na sua completude, só assim se respeitando a Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todo o cidadão.

Nesse trabalho de contextualização, concluímos que algumas das ideias diariamente arreigadas no hodierno pensamento cultural redundam em incorreções que ferem a cidadania do Idoso. Desde logo, realçámos a ideia errónea de que a perspetiva invernosa conotada com a velhice é algo recente, fruto dos novos tempos. Com efeito, não tendo sido sempre assim, como verificámos no subcapítulo da Velhice como construção ética, desde a Antiguidade clássica que a sociedade se vem impondo um prazo de validade, o qual não abrange a terceira idade, sequer a agora apelidada Quarta Idade. Neste mesmo sentido se refuta a ideia de diminuição ou fim da solidariedade familiar, influenciada pela já referida teoria parsoniana. A solidariedade familiar e a rede intergeracional são, pelo contrário, os principais instrumentos de cuidado e assistência aos idosos. Por outro lado, não sendo um mito, o idoso é visto como um cidadão inútil à sociedade, tido numa perspetiva meramente assistencial. A investigação realizada demonstra a essencialidade do seu reconhecimento para além do assistencialismo, nas primordiais funções que desempenha na família e na sociedade. Dessa forma se abrirá caminho para a cidadania plena do idoso, invocando e reformulando vitais conceitos como o Envelhecimento Ativo e mesmo o conceito de Idoso.

Decorrendo da consciencialização da invisibilidade da Velhice no pensamento cultural atual, no plano do Direito, verifica-se, nacional e internacionalmente, uma aproximação a esta realidade, surgindo a necessidade da consagração de princípios universais e direitos específicos a serem concretizados e efetivados nos ordenamentos internos. Neste sentido, por forma a dar maior enfoque à questão do Envelhecimento no âmbito jurídico, discute-se a necessidade de autonomização jurídica do Envelhecimento, por meio da criação de um Direito do Envelhecimento ou Direito dos Idosos, realidade jurídica em vários ordenamentos jurídicos, como constatámos. Pese embora se reconheça o proveito dessa autonomização na chamada de atenção para tais questões, a nosso ver, ela não se justifica como necessária à garantia da identidade plena do Idoso, porquanto, ao invés, agravaria outras tantas questões merecedoras de enfoque, como a discriminação dos idosos ou a fragmentação das famílias.

Porém, é um facto que no nosso ordenamento, tal expressividade é reduzida, não sendo ainda alvo de especial atenção por parte do legislador. Também no Direito da Família se assiste a idêntica impercetibilidade legislativa e jurisdicional, corolário de uma correspondente inconsciência social e cultural pelo papel do Idoso enquanto representante da memória e da estabilidade da família, sendo veículo de transmissão de uma cultura de outro modo inarrável e de valores sociais, familiares e culturais inestimáveis. Como tal, partimos da Lei Fundamental para justificar, muito embora tal posição gere discordâncias na doutrina, o dever familiar constitucionalmente consagrado de cuidado de pessoas idosas, não apenas concluindo por tal obrigatoriedade jurídica, mas aí reconhecendo uma hierarquia assistencial, ocupando a família uma posição preferencial de apoio, cuidado e assistência dos seus membros idosos. O Estado, na sua função de garante dos direitos de cada Idoso, terá, primeiramente, a função de auxiliar a família na sua prestação, intervindo, num primeiro plano, a título subsidiário.

Em consonância com tal ilação jurídica, a investigação prosseguida confirmou ser a nossa realidade social um manifesto exemplo de *Familialismo*, o que, por sua vez, justifica a quase inexistente discussão doutrinal relativamente ao vínculo moral subjacente à correspondente obrigação jurídica familiar, por ser, entre nós, como naturalmente reconhecida, em contraste com outros ordenamentos jurídicos, muito embora tenhamos afluído tais argumentos por forma, não apenas a compreender a causa objetiva de tais obrigações, mas a sua relevância perante o incumprimento ou rejeição por parte dos familiares obrigados, abordada no âmbito das excepcionais causas de cessação dessas obrigações, as quais deverão, a nosso ver, ser analisadas em conformidade com a valoração dos afetos, enquanto elemento juridicamente relevante.

Mas a que familiares nos referimos, quando invocamos tais deveres? Naturalmente que não serão oponíveis nos termos gerais, atenta a sua exigência e carácter de proximidade. Dessa forma, entendemos que tais deveres se limitarão, por razões de ordem moral e jurídica, a todos os familiares na linha reta e aos familiares na linha colateral até ao terceiro grau.

Após a concretização dos deveres familiares, de onde realçámos, designadamente, o dever de honrar os idosos, a materialização do carácter de mutualidade da relação paterno-filial, os pressupostos e limitações da obrigação assistencial, bem como a criação de um Fundo de Garantia de Alimentos a Maiores, invocámos as principais consequências da sua violação, no âmbito do direito civil e penal, donde que, alicerçados numa análise jurisprudencial, procurámos compreender o quase inexistente recurso dos idosos a esta via que assistem à violação dos seus direitos por parte de familiares, apontando, na senda da doutrina, algumas alternativas de resolução de circunstâncias que se revelam iminentemente perigosas.

No que respeita aos efeitos Legais do Envelhecimento, analisámos o regime das incapacidades, refletindo criticamente sobre ele, em comparação com outras soluções encontradas noutros ordenamentos jurídicos. Da breve análise comparativa, resulta um profundo desfasamento entre a realidade e a correspondente tutela jurídica, verificando-se uma supremacia dos valores patrimoniais a tutelar em detrimento da autonomia e dignidade da pessoa incapacitada, apontando a doutrina algumas soluções mais consentâneas com os interesses pessoais a proteger.

Dada a, já referida, vasta natureza do tema abordado, algumas questões de peculiar interesse ficaram tratadas de forma insuficiente, como a ideia, brevemente afluída, da criação de Comissões de Proteção da Família, no cumprimento daquela que é a função de garante do Estado, face à conclusão da extrema relevância do elemento família na efetividade do bem-estar do idoso. Por outro lado, um outro merecedor de um maior aprofundamento prende-se com as inerências jurisdicionais da violação ou incumprimento dos deveres familiares, mormente no tocante à legitimidade ativa para além do próprio idoso ou outras vias de resolução de tais litígios, como a mediação familiar.

Como resulta claro das linhas que agora se findam, a reflexão sobre as questões jurídicas relacionadas com o Envelhecimento, especialmente no âmbito do Direito da Família, é

ainda recente, vislumbrando-se, contudo, prenúncios da atenção que captará nos tempos vindouros. A investigação efetuada levou-nos a concluir que tal reflexão, iminente e essencial, deverá refletir a natureza complexa e diversificada dessa realidade, devendo ser perspectivada, a nosso ver, num cenário de integração na família e nas comunidades, tornando-as parte da problemática, mas também da construção de um efetivo *Direito a Envelhecer*, enfatizando a essencialidade dessa etapa inerente à condição humana.

BIBLIOGRAFIA

- * ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE - *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 3ª edição, 2006, ISBN 9724022315.
- * BARRETO, JOÃO - *Envelhecimento e qualidade de vida: o desafio atual*, in “Sociologia”, Revista da Faculdade de Letras do Porto, série I, vol. XV, n.º 15, 2005, pp. 289-302.
- * BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES - *Direito da Família segundo o código civil de 1966*, vol. I, s.l., s.n., 1976.
- * BIOSCA ADROHER, SALOMÉ - *La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente*, in “Nuevos conflictos del Derecho de familia”, Coord. POMBO LLAMAS, EUGENIO, Madrid, 2009, La Ley.
- * BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *Envelhecimento, ética e cidadania*, disponível em <http://direitodoidoso.braslink.com/pdf/Envelhecimento.pdf>. Consultado em 17.12.2012.
- * BRAGA, PÉROLA MELISSA VIANNA - *O Idoso e o direito de morar sozinho*, disponível em http://direitodoidoso.braslink.com/pdf/artigo_16_morarsozinho.pdf. Consultado em 17.12.2012.
- * BRIS, HANNALORE JANI-LE - *Responsabilidade familiar pelos dependentes idosos nos países das Comunidades Europeias*, Dublin, CLEIRPPA, 1993.

- * BURRIEZA FIGUERUELO, ÁNGELA – *La Protección constitucional de las personas mayores*, in “*Teoría y Realidad Constitucional*”, Madrid, nº 14, 2004, pp. 345-357.

- * CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *As relações de Associação – O Direito sem Direitos*, Coimbra, Almedina, 2011, ISBN 9789724043852.

- * CAMPOS, DIOGO LEITE DE - *Eu-Tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)*, in “Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Vol. I, s.l., Coimbra Editora, 2004, pp. 41-48.

- * CAMPOS, DIOGO LEITE DE - *Lições de Direito da Família e Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2005, ISBN 9724009939.

- * CANOTILHO, JOSÉ GOMES - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão, Editora Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-2106-5.

- * CANOTILHO, JOSÉ GOMES / MOREIRA, VITAL - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, ISBN 978-972-32-1462-8.

- * CAPUCHA, LUÍS - *Envelhecimento e políticas sociais*, in “*Sociologia*”, Porto, Série I, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, pp. 337-347.

- * CARVALHO, AMÉRICO A. TAIPA DE - *Direito Penal- Parte Geral – Teoria Geral do Crime*, Vol. II., Publicações Universidade Católica, Porto, 2004, ISBN:972-8069-59-6.

- * CARVALHO JÚNIOR, PEDRO LINO DE - *O Idoso e o Direito de Família*, disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo007.html>. Consultado em 17.12.2012.

- * CENTENO, LUÍS GOMES - *Envelhecimento e barreiras da idade no emprego*, in “Proteção Social”, Cadernos Sociedade e Trabalho, n.º 7, 2006, pp. 155-178.

- * CENTRO DE ESTUDOS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E URBANO (CEDRU), E. C. C. O. B.-B. C. G - *Estudo de Avaliação das Necessidades dos Seniores em Portugal*, S.l., 2008.

- * CERDEIRA, ÂNGELA CRISTINA DA SILVA - *Da Responsabilidade Civil dos Cônjuges Entre Si*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, ISBN 9789723209709.

- * CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *Do abuso do direito: estado das questões e perspetivas*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, Ano 65, Vol. II, Set. 2005. Disponível em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614. Consultado em 22.01.2012.

- * COELHO, PEREIRA/ OLIVEIRA, GUILHERME DE - *Curso de Direito da Família*, 4ª ed., Vol. I, Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723215472.

- * CORTE-REAL, CARLOS PAMPLONA/ PEREIRA, JOSÉ SILVA – *Direito da Família-Tópicos para uma reflexão crítica*, Lisboa, aafdl, 2008, ISBN 9780000054272.

- * COSTA, JOSÉ DE FARIA - *Omissão (Reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXII, nº 72, Coimbra, 1996, pp. 391-402.

- * COSTA, JOSÉ MARTINS BARRA DA - *Criminalidade na terceira (e quarta) idade*, in “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, ano 15, nº 3, s.l., Coimbra Editora, 2005, pp. 457-473.

- * COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 9ª. Ed., Coimbra, Almedina, 2006, Depósito Legal 171839/01.

- * CRUZ, MANUEL BRAGA DA – *Desigualdade Social e Pessoa Idosa*, in “A pessoa e a sociedade: perspetiva ética”, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, pp. 49-54.

- * DABOVE CARAMUTO, MARIA ISOLINA – *Los Derechos de los Ancianos*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2002, ISBN 987-507-222-2.

- * DANIELS, NORMAN - *Am I my parents' Keeper? An essay on justice between the young and the Old*, New York, Oxford University Press, 1988.

- * DIAS, CRISTINA MANUELA ARAÚJO - *Responsabilidade Civil dos Direitos Familiares Conjugais (Pessoais e Patrimoniais)*, in “Scientia Iuridica”, T. 49, n. 286/288, Braga, Livraria Cruz, 2000, pp. 351-374.

- * DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO - *Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, ISBN:978-972-32-1523-6.

- * DIAS, MARIA BERENICE - *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, ISBN 9788520333327.

- * DIAS, MARIA BERENICE - *Mais 10!*, disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/mais_10.pdf. Consultado em 17.12.2012.

- * DIAS, MARIA OLÍVIA - *A família numa sociedade em mudança- problemas e influências recíprocas*, in “Gestão e Desenvolvimento”, s.l., nº9, 2000, pp. 81-102.

- * DIAS, RICARDO BRILHANTE - *Exclusão social de idosos, um problema a combater*, in “Médicos do Mundo”, Lisboa, nº 28, 2010, pp. 8-9.

- * DORON, ISRAEL - *A multi-Dimensional Model of Elder Law: An Israeli Example*, in “Ageing International”, s.l., Vol. 28, nº 3, 2003, pp. 242-259.

- * DORON, ISRAEL - *Elder Law: current issues and future frontiers*, in “European Journal on Ageing”, s.l., 2006, pp. 60-66.

- * DUARTE, PEDRO - *Da caridade à solidariedade. As controvérsias públicas na construção do espaço comum – Configurações da mobilização política, Comunicação X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 19 de março de 2011, disponível em: <http://repositorio.ipv.pt/bitstream/10400.19/972/1/Comunica%C3%A7%C3%A3o%20X%20Congresso%20Luso-Afro-Brasileiro%20de%20Ci%C3%A7%C3%A2ncias%20Sociais.pdf>. Consultado em 17.01.2012.*

- * DURÁN AYAGO, ANTONIA – *Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos*, in “Protección Jurídica de Los Mayores”, coord. por Gallego Martinez, Eva María / Pérez Alonso, Mariano / Celada reguero, Justo, 2004, pp. 443-470.

- * EUFRÁSIO, MARCELO ALVES PEREIRA/ EUFRÁSIO, KÁTIA ALVES PEREIRA - *Historicidade do direito: uma abordagem histórico-jurídica da família e do instituto do casamento monogâmico na pós-modernidade*, in “Revista Jurídica Verba Volant Scripta Manent”, v. 1, s.l., 2007, pp. 30-41.

- * ESTEVES, ALBERTO - *A família, s.l.*, 1932, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/3174.pdf>. Consultado em 17.12.2012.

- * FAGAN, AIMEE R. – *An Analysis of the Convention on the International Protection of Adults*, in “The Elder Law Journal”, vol. 10, nº 2, 2003, pp. 329-333.

- * FERNANDES, A. A. - *Velhice, solidariedades familiares e a política social- itinerário da pesquisa em torno do aumento da esperança média de vida*, in “Sociologia, Problemas e Problemáticas”, Oeiras, nº 36, 2001, pp. 39-52.

- * FERNANDES, A. TEIXEIRA - *Processos e Estratégias de envelhecimento*, in “Sociologia”, Porto, Série I, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, pp. 223-248.

- * FERNANDES, LILIANA - *Direito à velhice com dignidade*, in “Boletim da Ordem dos Advogados”, s.l., nº 58, setembro de 2009, pp. 18-22.

- * FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2ª ed., Lisboa, Lex, 1995.

- * FERREIRA-ALVES, J. - *Avaliação do Abuso e Negligência de Pessoas Idosas: Contributos para a sistematização de uma visão forense dos maus-tratos*, in “Psicologia Forense”, R. Abrunhosa E C. Machado (Eds), Coimbra, Quarteto.

- * FERREIRA-ALVES, JORGE/ LOBO, ROSA FERREIRA - *Avaliação da discriminação social de pessoas idosas em Portugal*, in “International Journal of Clinical and Health Psychology”, s.l., nº 1, 2006, ISSN 1697-2600, pp. 65-77.

- * FERREIRA-ALVES, J./SOUSA, MÓNICA - *Indicadores de Maus-tratos a pessoas idosas na cidade de Braga: Estudo Preliminar*, in “Sociologia”, Revista da Faculdade de Letras do Porto, *Série I*, Vol. XV, n.º 15, 2005, pp. 303-312.
- * GALLEGO MARTINEZ, EVA MARÍA - *Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela*, in “Proteccion Juridica de Los Mayores”, coord. por GALLEGO MARTINEZ, EVA MARÍA / PÉREZ ALONSO, MARIANO / CELADA REGUERO, JUSTO, 2004, pp. 145-165.
- * GOLDIM, JOSÉ ROBERTO - *Bioética, Relações Familiares e Envelhecimento*, disponível em <http://www.ufrgs.br/bioetica/gerfam.htm>. Consultado em 17.12.2012.
- * GONÇALVES, CARLOS MANUEL/ DIAS, ISABEL - *Envelhecimento e emprego dos trabalhadores mais velhos*, in “Rediteia”, S.l., nº 41, 2008, pp. 26-28
- * GUILHERME DE OLIVEIRA - *Transformações do direito da família*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977”, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763-779.
- * GUIMARÃES, PAULA - *Famílias e envelhecimento - como reinventar a história do capuchinho vermelho*, in “A pessoa idosa e a sociedade: Perspetiva Ética”, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, 2000, pp. 93- 101.
- * GRANDE, NUNO RODRIGUES - *Os Direitos específicos dos idosos*, in “Humanidades: cultura e cidadania.”, Nº 4 2001, pp. 18-21.
- * HARDY, DAVID A. - *Who is guarding the Guardians? A Localized Call for Improved Guardianship Systems and Monitoring*, in “NAELA Journal”, No. 1, 2008, pp. 1-35.

- * HERRING, JONATHAN - Family Law, 3^o edition, s.l., Pearsons Longman, 2001, ISBN-9781408255520.

- * HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, DL 61927/92.

- * HÖRSTER, HEINRICH EWALD – *A responsabilidade civil entre os cônjuges*, in “*E foram felizes para sempre: uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*”, coord: SOTTOMAYOR, MARIA CLARA / ALMEIDA, MARIA TERESA FÉRIA DE, Atas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008, Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, pp. 91-112.

- * INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - *O envelhecimento em Portugal- situação demográfica e socioeconomica recente das pessoas idosas*, disponível em <http://www.alea.pt/html/atual/html/act29.html>. Consultado em 17.12.2012.

- * INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA - *Retrato territorial de Portugal*, 2009, Lisboa, 2011, ISBN 978-989-25-0106-2.

- * JOSÉ, SÃO JOSÉ/ WALL, KARIN - *Trabalhar e cuidar de um idoso dependente: problemas e soluções*, in “*Cadernos Sociedade e Trabalho*”, Vol. VII, Proteção Social, MTSS/DGEEP, Lisboa, 2006, pp. 119-154.

- * KLAUS HABERKERN/MARC SZYDLIK - *State care provision, societal opinion and children’s care of older parents in European countries*, in “*Ageing & Society*”, s.l., Cambridge University Press, nº 30, 2010, pp. 299–323.

- * LARSSON, KRISTINA - *The social situation of older people*, in “International Journal of Social Welfare”, Vol.16, 2007, Issue Supplement s1, pp. S203–S218.

- * LOPES, ALEXANDRA - *Familialism and financial resources in old age : setting the sense for the use of long-distance assisted mechanisms in Portugal*, in “Sociologia”, Porto, Série I, Vol. XV, Departamento de Sociologia, Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2005, pp. 349-369.

- * LOPES, ALEXANDRA - *Trends and challenges in generational Ageing: some introductory notes on the European Context*, in Conference DIAL-UP: Intergenerational Activities Locally: Unchain Your Potential, Porto, 2009.

- * MACHADO, JOÃO BATISTA – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, ISBN 17699/87.

- * MARGRAVE, JENNIFER CHRISTINE - *An Overview of Law in England and Wales relating to the Elderly*, in “NAELA Journal”, Vol. 2, nº 1, 2006, pp. 175-188.

- * MARIA JOSÉ/ GONÇALVES, CRISTINA, *Dinâmicas Territoriais do Envelhecimento: análise exploratória dos resultados dos Censos 91 e 2001*, in “Revista de Estudos Demográficos”, nº 36, 2004, pp. 175- 192.

- * MARQUES, J. P. REMÉDIO - *Em torno do estatuto da pessoa idosa no direito português - Obrigação de alimentos e segurança social.*, in “Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos”, Bauru, v. 41, n. 47, 2007, pp. 9-40.

- * MARTINS, ROSA MARIA LOPES - *Envelhecimento e políticas sociais*, in “Educação, ciência e tecnologia”, Revista do ISPV, n.º 32, 2006, pp. 126-140.

- * MIRANDA, JORGE/ MEDEIROS, RUI - *Constituição da República Portuguesa anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, ISBN 9723213737.

- * NABAIS, JOÃO CASALTA - *Direito Fiscal*, 6ª. Ed., Almedina, 2010, ISBN 9789724043777.

- * NEGROMONTE, JOÃO - *Direito do Idoso, uma questão de modernidade e construção social*, disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo023.html>.

- * NETO, ABÍLIO / MARTINS, HERLANDER - *Código civil anotado, legislação complementar*, 6ª ed., Lisboa, Petrony, 1987.

- * NEVES, JOÃO CÉSAR DAS - *Economia dos e para os idosos*, in “A pessoa e a sociedade: perspectiva ética”, Lisboa, Coleção Bioética VI, Atas do VI Seminário nacional do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, presidência do conselho de ministros, pp. 35-47.

- * OLIVEIRA, GUILHERME DE - *O sangue, os afetos e a imitação da natureza*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 5, nº 10, 2008, pp. 5-13.

- * ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - *Population Ageing and Development Chart 2009*, Economic & Social Affairs, 2010, ISBN 978-92-1-151459-9.

- * PAUL, CONSTANÇA - *Envelhecimento ativo e redes de suporte social*, in “Sociologia, Revista da Faculdade de Letras”, Porto, Série I, vol. XV, nº 15, 2005, pp.275-287.

- * PERA, ALESSANDRA – *La tutela dei soggetti deboli: modelli legislativi e giurisprudenziali a confronto*, in “Lex Familiae - Revista Portuguesa de Direito da Família”, ano 6, nº 12, 2009, pp. 59-84.

- * PEREIRA, RODRIGO DA CUNHA - *Princípios Fundamentais norteadores do Direito da Família*, s.l., Editora Del Rey, 2005, ISBN 8573088524.

- * PERISTA, HELOÍSA - *Usos do tempo, ciclo de vida e vivências da velhice*, Lisboa, Ministério do Trabalho e da solidariedade, 1999.

- * PESTANA, NUNO – [rec. a.] CENTENO, LUÍS GOMES - *Envelhecimento e Perspetivas de Luta contra as barreiras da idade no emprego*, e [rec. a] – ALEXANDRA, ANA - *Envelhecimento e Perspetivas de Criação de emprego e necessidades de formação para a qualificação de recursos humanos*, in “Revista Sociedade e Trabalho”, nº 37, 2009, pp 154-159.

- * PETIT JEAN, DELPHINE – *Favoriser le développement des droits des personnes âgées vulnérables au sein d’un ehpad et d’un foyer logements publics*, École des Hautes études en santé publique, Caldes, 2010, disponível em: <http://ressources.ensp.fr/memoires/2010/cafdes/petitjean.pdf>.

- * PHILIPPE PITAUD - *Responding to dependency in old age*, in Conferência Internacional sobre o Envelhecimento, Lisboa, 15 de outubro de 2010, pp. 29-33.

- * PIMENTEL, LUÍSA MARIA GASPAR / ALBUQUERQUE, CRISTINA/ ALBUQUERQUE, CRISTINA - *O lugar do idoso na família: Contextos e Trajetórias*, Coimbra, Quarteto Editora, 2001, ISBN: 972-8535-66-X.

- * PIÑEIRO ESTEVES, WALTER - *O Envelhecimento e seu enquadramento pelo Direito: Envelhecer e direitos do homem*, in “Revista Magis, Cadernos de Fé e Cultura”, nº 43, 2003, disponível em: <http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc43.pdf>. Consultado em 17.12.2012.

- * PINHEIRO, JORGE Duarte - *Direito da família e das sucessões*, Vol. I, 3ª. Ed., Lisboa, AAFDL, 2007, ISBN 9780000060341.

- * PINHEIRO, JORGE DUARTE - *o Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, aafdl, 2008, ISBN 9726290473.

- * PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA- *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, ISBN 9789723213256.

- * PORTUGAL, SÍLVIA - *Família e política social em Portugal*, in “Direito da Família e Política Social”, Porto, 2001, Publicações Universidade Católica Portuguesa, pp. 21-26.

- * PORTUGAL, SÍLVIA - *O que faz mover as redes sociais? Uma análise das normas e dos laços*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, Coimbra, nº 79, 2007, pp.35-56.

- * PRATA, ANA - *Dicionário jurídico*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, ISBN 978-972-40-3393-08.

- * RIBEIRO, JOANA SOUSA - *Processo de envelhecimento: A construção de um direito emancipatório*, in V.V.A.A. (org.), *Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 203-231.

- * ROCHA, M. A. COELHO DA - *Instituições de Direito Civil portuguez*, Coimbra, Na imprensa da Faculdade, 1852.

- * RODRIGUES, OSWALDO PEREGRINA - *Estatuto do idoso: aspetos teóricos, práticos e polémicos e o Direito da Família*, in “Família e Dignidade Humana”, V Congresso brasileiro de Direito da família, Coord: Pereira, Rodrigo da Cunha Pereira, IBDFAM, 2006, pp.771-793.

- * RODRIGUES, OSWALDO PEREGRINA - *Estatuto do idoso: aspetos teóricos, práticos e polémicos e o Direito da Família*, in “Família e dignidade humana” - *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, coord. CUNHA PEREIRA, Rodrigo, São Paulo: IOB Thomson, 2006, pp.771-793.

- * ROSS, ALLISON E - *Taking care of our caretakers: using filial responsibility law to support the elderly beyond the government’s assistance*, in “The Elder Law Journal”, Vol. 16, 2008, pp. 167-171.

- * SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA - *Sociedade-Providência ou autoritarismo social?*, in “Revista Crítica de Ciências Sociais”, nº 42, 1995, pp.1-4.

- * SILVA, JOÃO PAULO LOPES DA / ARAÚJO, MARIA ZÉLIA – *Bioética e Idoso: Lançando um olhar sobre o Direito de Viver Dignamente*, in Anais do II Encontro Nacional de Bioética e Biodireito, de 8 a 10 de outubro de 2009, UFPB - Campus I – João Pessoa-PB, pp. 156-167.

- * SILVA, SIRVALDO SATURINO – *Estatuto do Idoso: um crítico e novo olhar sobre o idoso e os desafios a serem enfrentados*, Dissertação de Mestrado em Direito orientada pelo Prof.

Dr. Lafayette Pozzoli e apresentada no Centro Universitário Eurípides de Marília em 2007. Texto policopiado.

- * SILVA, SIRVALDO SATURNINO/ GASPAROTTO, JAYME WANDERLEY – *O Estatuto do Idoso: Uma perspectiva crítica humanística*, disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1055/1017>. Consultado em 17.12.2012.
- * SANTOS, MANUEL SIMAS / LEAL-HENRIQUES, MANUEL - *Noções elementares de direito penal*, 3ª ed, Lisboa, Rei dos Livros, 2009, ISBN 978-972-51-1152-9.
- * SOBRAL, BENIGNO - *Uma incursão às questões do envelhecimento*, in “Revista Magis, Cadernos de Fé e Cultura”, nº 43, 2003, disponível em: <http://www.clfc.puc-rio.br/pdf/fc43.pdf>. Consultado em 17.12.2012.
- * SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE - *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed., s.l., Coimbra editora, 2000, ISBN 9789723209686.
- * TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, ISBN 972-32-0771-0.
- * TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ - *Qualidade de vida: conciliação entre o Trabalho e a Família*, in “Lex Familiae”, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 5-36.
- * TORQUEMADA DE LA HOZ, GONZALO - *una aproximacion a la realidad sociojurídica de las personas mayores: entre la regulación de políticas sociales y la crisis de segregación familiar* in “Proteccion Juridica de Los Mayores, coord. por GALLEG0 MARTINEZ, EVA MARÍA/ PÉREZ ALONSO, MARIANO / CELADA REGUERO, JUSTO, 2004, pp. 425-441.

- * TRABUCO, CLÁUDIA – *O regime das Incapacidades e do respetivo suprimento: perspetivas de reforma*, in “Themis”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano 9, nº 15, 2008, pp. 313-330.

- * VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES- *Direito da família: direito matrimonial*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982.

- * VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES - *Das obrigações em geral*, I volume, 10a Ed., Coimbra, Almedina, 2000, Depósito Legal 158460/00.

- * VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 6ª. Ed., Coimbra, Almedina, 2010, ISBN 978-972-40-4360-9.

- * VAZ, ESTER/ SILVA, BERTA/ SOUSA, ISILDA - *Configurações de Vida na Velhice*, in “ANTROPOLógicas”, nº7, Porto, 2003, pp. 181-209.

- * VERÍSSIMO, PIRES – *Do problema de saber se são aplicáveis, em matéria de violação dos deveres recíprocos dos cônjuges, os princípios gerais sobre responsabilidade civil*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, nº 8, 1948, pp. 236-256.

- * VÍTOR, PAULA TÁVORA - *O dever familiar de cuidar dos mais velhos*, in “Lex Familiae”, Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 41-62.

- * VÍTOR, PAULA TÁVORA - *Pessoas com capacidade diminuída: promoção e/ou proteção*, in “Direito da Infância, da Juventude e do Envelhecimento”, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 176-201.

- * V.V.A.A. - *Medidas de proteção dos direitos das pessoas em situação de incapacidade e direito de alimentos de maiores em situação de carência económica*, 2000, Comissão de Juristas (policopiado).

- * V.V.A.A. - *Polis - Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 2, Verbo, 1989, ISBN: 9789722200066.

- * WALL, KARIN - *Apontamentos sobre a família na política social portuguesa*, in “*Análise Social*”, Vol. XXX, nº 131-132, s.l.,1995, pp. 431-458.

- * XAVIER, RITA LOBO - *Da crise à desregulamentação da família*, in “*Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*”, s.l., Coimbra editora, 2003, pp. 835-848.